

مَجْلَسُ الْمُفْتَاحِ  
فِي شَرْحِ الْقَوْلِ غَدَاةِ

تأليف

المحقق الفيلسوف

الشيخ علي بن الحسين الكركي

الطبعة سنة ١٤٠٩ هـ

مكتبة المطبع

مطبعة

مكتبة المطبع



مرکز تحقیقات کلامی و فقهی اسلامی

مَجْلَدُ الْمَقَالَاتِ

فِي تَرْجُومَةِ الْعِلْمِ



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

# جَنَائِعُ الْمُفْتَاضِلِ

فِي شَرْحِ الْقَوْلِ غَدَاةٍ



المحقق الثاني  
سيد محمد باقر

الشيخ علي بن الحسين الكركي

الطبعة سنة ٩٤٠ هـ

لجنة المطبعات

تحقيق

مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث

جُقوق الصلج عؤوطلر

الطبعة الثانية

١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م

مركز تحقيقات كالمبور علوم اسلامي

موسسة البتة للاختاء التراث

ببروت - لبنان - صوب ٢٤ / ٢٤ - تلفاكس ٥٤١٤٣١ - هاتف ٥٤٤٨٠٥

E-mail: alalbait@inco.com.lb



تنبيه

النسخة المعتبرة التي اعتمدناها في تحقيقنا لكتاب القواعد  
هي غير النسخة التي اعتمدناها المحقق الكركي في شرحه  
للكتاب، وهناك اختلافات بينة لا تحق على القارئ  
الليب

## كتاب الدين وتوابعه

وفيه مقاصد :

الأول : في الدين ، وفيه مطلبان :

الأول : تكره الاستدانة اختياراً ، وتخف الكراهة لو كان له ما

يرجع اليه لقضائه ،

قوله : (تكره الاستدانة اختياراً) .

أي : مع الفناء عنها ، ويتفاوت الكراهة بالشدة وضدها باعتبار كونه قادراً على الوفاء ، أو له من يقضي عنه بعد كلوت وعدمه ، ففي الأخير تشدد ولا تحرم خلافاً لأبي الصلاح ، حيث حرمها على غير القادر على القضاء<sup>(١)</sup> ، والأخبار الواردة في تغليظ أمر الاستدانة لا تبلغ التحريم<sup>(٢)</sup> .

قوله : (وتخف الكراهة لو كان له ما يرجع اليه لقضائه) .

ظاهر اطلاق العبارة يقتضي كراهة الاستدانة كراهة غففة إذا كان له ما يقضي منه ، سواء كان غنياً أو محتاجاً ، ونحوه اطلاق عبارة الدروس<sup>(٣)</sup> ، وفي التذكرة : نفى الكراهة مع الحاجة إذا كان له وفاء ، أو كان له من يقوم مقامه في الاداء<sup>(٤)</sup> .

ويمكن أن يكون قيد الاختيار في الأولى مراداً هنا ، فلا تكون العبارة

(١) الكافي في الفقه : ٣٣٠ .

(٢) الكافي ٥ : ٩٥ حديث ١١ ، الفقيه ٣ : ١١١ حديث ٤٦٨ ، التهذيب ٦ : ١٨٣ حديث ٣٧٦ .

(٣) الدروس : ٣٧٢ .

(٤) التذكرة ٢ : ٤ .



وتزول مع الاضطرار اليه، فيقتصر على كفايته ومؤونة عائلته على الاقتصاد،

مطلقة، والرواية عن الرضا عليه السلام تدل على جواز الاستدانة مع الحاجة<sup>(١)</sup>، ورواية سلمة تدل على تقييد ذلك بوجود ما يوفي به، أو الولي الذي يقضي عنه<sup>(٢)</sup>، فحينئذ المعتمد ما في التذكرة.

**قوله: (وتزول مع الاضطرار اليه).**

أي: وتزول الكراهية مع الاضطرار الى الدين، فلا مرجع في اللفظ لهذا الضمير، ولو خاف على نفسه وعباله وجبت الاستدانة، يدل على الاول أن النبي صلى الله عليه وآله والحسين عليهما السلام ماتوا وعليهم دين<sup>(٣)</sup>. والظاهر أنه لا فرق بين أن يكون له وفاء أو ولي وعلمه. نعم، لو تمكن من الصدقة حيث لا وفاء ولا ولي كرهت.

**قوله: (فيقتصر على كفايته ومؤونة عائلته على الاقتصاد).**

قد يستفاد من العبارة: الاقتصار في الاستدانة حينئذ على ما تندفع به حاجته، وإن لم يبلغ مرتبة الاقتصاد في النفقة، أما بالنسبة الى عياله فيستدين ما يبلغ مرتبة الاقتصاد، ولا يتجاوز الى التوسعة بناء على أن قوله: (على الاقتصاد) مقصور على مؤونة عائلته. ولو جعل قيداً فيها أمكن أن تتخيل منافاة قيد الكفاية له، من حيث أن قيد الكفاية دون مرتبة الاقتصاد، إلا أن تنزل الكفاية على الكفاية عادة، فيكون لقيد الاقتصاد حينئذ موضع.

والذي ينبغي أن يقال: إن سقوط كراهية الاستدانة منوط بالحاجة، فالمقدار المحتاج اليه بالنسبة الى نفسه وعباله لا كراهية فيه، مع رعاية وجود أحد

(١) الكافي ٥: ٩٣ حديث ٣، التهذيب ٦: ١٨٤ حديث ٣٨١.

(٢) التهذيب ٦: ١٨٥ حديث ٣٨٣.

(٣) للخاص: ٣١٩ حديث ٤٦، الكافي ٥: ٩٣ حديث ٢، الفقيه ٣: ١١١ حديث ٤٦٩، حلل

الشرائع: ٥٩٠ حديث ٣٧، التهذيب ٦: ١٨٣ حديث ٣٧٨.

ويجب العزم على القضاء.

ويكره لصاحب الدين النزول عليه، فإن فعل فلا يقيم أكثر من ثلاثة أيام.

وينبغي له احتساب ما يهديه اليه مما لم تجر له به عادة من الدين، والأفضل للمحتاج قبول الصدقة ولا يتعرض للدين.

الأمرين: الوفاء، والولي، وما عداه يكره بغير تفاوت.

قوله: (ويجب العزم على القضاء) بالنص والاجماع، فقد روي أنه يمان عليه، وأنه ينقص من المؤونة بقدر نقصان النية<sup>(١)</sup>.

قوله: (ويكره لصاحب الدين النزول عليه) أي: على المديون، وإن لم يجبر له ذكر بخصوصه؛ لدلالة ما سبق عليه.

قوله: (فإن فعل فلا يقيم أكثر من ثلاثة أيام). وحرم الحلبي ما زاد عليها<sup>(٢)</sup>، والصحيح أنه مكروه كراهية شديدة، وفي رواية سماعة<sup>(٣)</sup>، وغيرها: النهي عن أكل طعامه بعد الثلاثة<sup>(٤)</sup>، وهي الكراهية الشديدة.

قوله: (وينبغي له احتساب ما يهديه اليه، مما لم تجر له به عادة من الدين).

هذا الحكم للاستحباب؛ لأمر علي عليه السلام بذلك<sup>(٥)</sup>، وهو للاستحباب قطعاً؛ لأن الهدية يجوز<sup>(٦)</sup> قبولها مطلقاً.

(١) الكافي ٥: ٩٥، حديث ١، الفقيه ٣: ١١٢، حديث ٤٧٣، التهذيب ٦: ١٨٥، حديث ٣٨٤.

(٢) الكافي في الفقه: ٣٣١.

(٣) الكافي ٥: ١٠٢، حديث ٢، الفقيه ٣: ١١٥، حديث ٤٩١، التهذيب ٦: ١٨٨، حديث ٣٩٤.

(٤) الكافي ٥: ١٠٢، حديث ١، التهذيب ٦: ١٨٨، حديث ٣٩٣.

(٥) الكافي ٥: ١٠٣، حديث ١، التهذيب ٦: ١٩٠، حديث ٤٠٤، الاستبصار ٣: ٩، حديث ٢٣.

(٦) في «م»: يجب، وما أثبتناه من النسخة الحجرية، وهو الصحيح.

ولوالتجأ المديون الى الحرم لم تجز مطالبته، أما لو استدان فيه

فالوجه الجواز

قوله: (ولو التجأ المديون الى الحرم لم تجز مطالبته).

ظاهر هذه العبارة: أنه التجأ الى الحرم متحصناً به من المطالبة بالدين، اذ لا يقال لمن دخل حصناً آمناً، أو لحاجة أخرى، ولا لمن جاء شخصاً مهياً لا لفرض التحصن به ملتجئاً اليه.

فعل هذا لو دخل الحرم نسيت ونحوه، لا على قصد الالتجاء نحو مطالبته إذا كان موسراً، واختاره في التحرير<sup>(١)</sup> وهو فتوى ابن ادریس<sup>(٢)</sup>.

وذهب المصنف في المختص: إلى إكراهية المطالبة وإن ادانته خارج الحرم<sup>(٣)</sup>. وألحق بعصر الأصحاب مسجد النبي صلى الله عليه وآله والمشاهد المشرفة بالحرم<sup>(٤)</sup>.

وأطلق قوله تعالى: (ومن دخله كان آمناً)<sup>(٥)</sup>، وصريح قول الصادق عليه السلام في الحرم يصفى: «لا تسلم عليه ولا ترغمه حتى يخرج من الحرم»<sup>(٦)</sup> يقتضي التحريم مطلقاً، وهو المتع، لكن يُضيق على المتمتع بالحرم في المأكل والمشرب، بان يجمع منه ومن أسباب لقل كما دلت عليه الرواية<sup>(٧)</sup>، وقد سبق التنبيه عليها في كتاب الحج.

قوله: (أما لو استدان فيه فالوجه الجواز).

لأن سبب المطالبة - وهو الاستدانة - قد تحقق في الحرم.

فإن قيل: قد بطلت سببته بكونه في الحرم.

(١) تحرير الأحكام ١: ١٩٩.

(٢) السرائر: ١٦٢.

(٣) المختلف: ٤١٠.

(٤) منهم: أبو الصلاح في الكافي في اللغة: ٣٣١.

(٥) آل عمران: ٩٧.

(٦) الكافي ٤: ٢٤١ حديث ١، التهذيب ٦: ١٩٤ حديث ٤٢٣، وفيها: ولا تروعه.

(٧) الكافي ٤: ٢٢٨ حديث ٤، التهذيب ٥: ٤١٩ حديث ١٤٥٦.

ويجب على المديون السعي في قضاء الدين، وترك الإسراف في النفقة، بل يقنع بالقليل.

قلنا: فتمتنع المطالبة مطلقاً، وهو حل بالاجماع.  
فإن قيل: بطلان مبييته ما دام في الحرم.  
قلنا: إذا لم يستحق المطالبة حين يمرض لم يستحقها أصلاً؛ لانقضاء سبب آخر يقتضيها.

فإن قيل: اقتضى استحقاق المطالبة بعد الخروج.  
قلنا: لا دليل على ذلك إلا عموم (ومن كحلله كان آمناً) <sup>(١)</sup>. وليس التمسك به في هذا الفرد بأولى من التمسك بمصوم الغطوس الدالة على استحقاق المطالبة بالدين، والاجماع الواقع على ذلك مع أن ذلك مفضل إلى منع المداينة في الحرم؛ لأن المدين إذا علم معه من المطالبة امتنع من الادانة، وفي ذلك ضرر وتضييق على لئس، ولأن الحماية لواقعة في الحرم تحوز المطالبة بها، فالدين أولى؛ لأنه أخف.

واعلم أن ظاهر عبارة المصنف: أن غير الملتجئ إلى الحرم لا تحرم مطالبته، فقوله بعد ذلك: (ام لو امتد...) ليس بذلك لمصيح، فإن المستدين في الحرم أحد قسمي غير الملتجئ.

قوله: (ويجب على المديون السعي في قضاء الدين).  
ظاهر هذا الإطلاق وجوب لسعي مطلقاً حتى بالتكسب، وسيأتي في أحكام الفلاس عدم وجوب التكسب عند المصنف، وحتار في الدروس وجوب ما يليق بحاله <sup>(٢)</sup>، وفيه قوة، وسيأتي بيان ما فيه إن شاء الله تعالى.  
قوله: (وترك الإسراف في النفقة، بل يقنع بالقليل).

بين مفهومي هذين الكلامين تخالف، فإن تحريم الاسراف يفهم منه حل

ولا يجب أن يُضَيَّق على نفسه، ولو طوِّلب وجب دفع ما يملكه  
لجمع عدا دار السكى، وعند الخنمة، وفرس لركوب، وقوت يوم وليلة  
له ولعياله إن كان حالاً، وعند حلول الأهل مع المطالبة إن كان  
مؤجلاً.

ولا تصح صلاته في أول وقتها، ولا شيء من الواجبات الموسعة

ما عدا، ووجوب القناعة بالقليل يقتضي البيع بما سواه وإن لم يكن سرفاً.  
والذي يقتضيه لطر وحب الكف عما عد مستثنى له من قوته وقوت عياله  
المعروف، ولا يجب عليه أن يفتح ما دون ذلك.

وعبارة التحرير<sup>(١)</sup> والدروس: يجب الاقتصاد في النفقة<sup>(٢)</sup>، ولعله المراد  
من قوله: (يقع بالقليل) وإن لم يكن متبادراً منه، فيكون الموع منه هو النوسعة  
التي هي فوق الاقتصاد وإن لم يعد سرفاً.

ويبعد أن يراد قساعته بالقليل الذي يسد رمقه بالنسبة إلى نفسه، وإن  
كان بالنسبة إلى عياله يراعى الاقتصاد، إذ لا دليل يدل على ذلك.

قوله: (وقوت يوم وليلة له ولعياله).

الاقتصاد من غير تدوت بينه وبينهم، وكذا تستثنى له ثياب بدنه، ولو  
كانت هذه نفيسة، فهل يجب استبدال أدومها، وصرف تدوت القيمتين في  
دين؟ فيه خلاف، ولا شبهة أنها لو كانت مع نفاسها لائحة بحاله لم يجب البيع.  
قوله: (وعند حلول الأهل مع المطالبة...).

قبيل: لا حاجة إلى قوله: (مع المصالة)؛ لأن ذلك في حيز قوله: (ولو  
طوِّلب).

قلنا: تجوز عادته؛ لبعد العهد به.

قوله: (ولا تصح صلاته في أول وقتها...).

لأنَّ الأمر بالإداء على الفور يقتضي إسهي عن ضده، والنهي في العبادة

(١) تحرير الأحكام ١: ١٩٩.

(٢) الدروس: ٣٧٢.

المنافية في أول أوقاتها قبل القضاء مع المطالبة، وكذا غير الدين من الحقوق كالزكاة والخمس.

يقتضي الفساد، وكل من المقدمتين تبين في الأصول. وفي الأولى كلام، فإن الذي يقتضي الأمر بالأداء النهي عنه هو ترك الأداء، وهو الضد العام الذي يسميه أهل النظر النقيض، أما الضد الخاص كالصلاة مثلاً فلا.

فان قيل: الضد العام إما يقوم بالاضداد الخاصة، فيكون الضد الخاص أيضاً منهياً عنه.

قلنا: المطلوب في النهي هو الكف عن شيء، والكف عن الأمر العام غير متوقف على شيء من الأمور الخاصة، حتى يكون شيء منها متعلق بالنهي؛ لإمكان الكف عن الأمر الكسبي من حيث هو هو، وليس ذلك كالامر بالكلية؛ لأن إيجاد الكلبي يكون أحد جزئياته متمنع، على أن المحقق بين حقائق الأصوليين: أن الأمر بالكلية ليس أمراً بشيء من جزئياته وإن توقف عليها من باب المقدمة؛ لأن وجوبه حينئذ من باب مقدمة، لا من نفس الامر.

فان قيل: يمكن الاحتجاج بأن أداء الدين مأمور به على الفور، ولا يتم إلا بترك العبادة الموسعة، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وما وجب تركه ففعله منهي عنه، فتثبت الصغرى.

قلنا: في قوله: وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب بحث، فانه إن أريد بذلك العموم منع؛ لأن الواجب الموسع لم يقم دليل على أن تركه يكون مقدمة لواجب آخر مضيق. وظاهر الأوامر الواردة به: الإطلاق في جميع وقته، إلا ما أخرجه دليل.

وإن أريد به ما سوى ترك الواجب فهو حق، إلا أن المتنازع فيه من قبيل ما كان ترك الواجب فيه هو المقدمة.

فان قيل: وجوب القضاء على المورينافي وجوب الصلاة في الوقت الموسع؛ لأنه حين وجوب الصلاة اذ تحقق وجوب القضاء على الفور يلزم تكليف ما لا يطاق، وهو باطل، وإن لم يبق خرج الواجب عما ثبت له من صفة الوجوب

الفوري.

قلنا: لا نسب لزوم تكليف ما لا يطاق، إذ لا يمتنع أن يقول الشارع: أوجب عليك كلاً من الأمرين، لكن أحدهما مضيق، والآخر موسع، فإن قدمت المضيق فقد امتثلت [وسلمت من الإثم، وإن قدمت الموسع فقد امتثلت] (١) واثمت بالخالف في التقديم.

والحاصل: أن الأمر يرجع إلى وجوب التقديم، وكونه غير شرط في الصحة، والامتثال مع انتقاضه بتصيق الوقت، فإنه إن بقي لوجوب لزوم ما سبق، وإن خرج لزوم خروج الواجب عن صفة الوجوب، مع أنه لا دليل على الترجيح، إذ هما وحيان مضيقان قد تعارضا.

فلا بد من خروج أحدهما عن صفة الوجوب؛ لئلا يلزم المحذور، والدلائل تدل على خلافه، ومع تسليمه فلا دبر يقتضي خروج واحد بعينه من الصلاة في آخر الوقت وقضاء الحق لمضيق، والحكم بصحة الصلاة في آخر لوقت أيضاً باطل؛ لأنه يستلزم الترجيح بلا مرجح، ولا انتقاضه بما سلك يوم النحر، فإن الترتيب فيها واجب، ولو خالف اجزأت عن لوجب الذي في الدمة.

وإنما تحرى أن لو كانت واجبة مع عدم الترتيب؛ لامتناع أجزاء غير الواجب عن الواجب، وإنما يعقل لوجوب على التقديرين، والتأني على تقدير واحد بحصوه بناء على ما قدمناه.

فلو كان وجوب شيء يقتضي إيجاب ما يتوقف عليه وإن كان مقابله واجبا، لامتنع الإجزاء هنا وفي كل موضع أشبه، وهذا من غوامض التحقيقات، وهذا أصل تبتى عليه كثير من المسائل، فيجب التنبيه له.

ولا شك أن الحكم بعدم الصحة انحوط، وزجر للتفوس عن التهاون في أداء الحقوق الفورية، وإن كان الفقه هو القول بالصحة.

(١) ما بين الأقوين لم يرد في «م»، وأثبتناه من المحرري توضيح المطلب.

وتباع دار الغلة، وفاضل دار السكى، ودار السكى إن كانت رهناً.

ولو غاب المدين وجب على المديونية القضاء، والعزل عند وفاته، والوصية به ليوصل الى مالكه أو وارثه. ولو جهله اجتهد في طلبه، فإن أيس منه قيل: يتصدق به عنه.

قوله: (وتباع دار الغلة).

المراد بها: الدار المرصدة للماء، كما بينت المد للاجارة ونحو ذلك.

قوله: (ولو غاب المدين وجب على المديونية القضاء).

قد يقال: سبق وجوب العزم على القضاء مطلقاً، فلا معنى لذكره هنا، إلا أن يقال: الحكم هنا أكد، أو يحمل على إرادته وجوب تحديده، وفيه شيء.

قوله: (والعزل عند وفاته).

فلا يجب قبل ذلك عند عبية، خلافاً لطاهر عبارة الشيخ<sup>(١)</sup>، وظاهرهم أن وجوب العزل عند الوفاة إجماعي، ووجهه ظاهر، فإنه أعمد عن تصرف الورثة فيه، وابقى للتعبيل في أدائه.

قوله: (ليوصل الى مالكه أو وارثه).

المراد: عند فقد المالك، وهو ظاهر.

قوله: (فإن أيس قيل: يتصدق به).

ظاهره التوقف في ذلك، وكذا فعل في النذكرة<sup>(٢)</sup>، وذهب في المختلف الى الخواز<sup>(٣)</sup> تبعاً للشيخ<sup>(٤)</sup> وجماعة، وظاهر لرواية الصحيحة مشعر بالبيع؛ للأمر بطلب المدين عند قول السائل: قاصدق به<sup>(٥)</sup> ولا دلالة فيها؛ لأن وجوب الطلب

(١) النهاية: ٣٠٧.

(٢) النذكرة ٢: ٣.

(٣) المختلف ٤١١.

(٤) النهاية: ٣٠٧.

(٥) التهذيب ١: ١٨٨ حديث ٣٩٦.



والمعسر لا تحمل مطالبته ولا حبسه، ويجوز له الإنكار والخلف إن خشي الحبس مع الاعتراف، ويؤري وينوي القضاء مع المكنة. ولو استدان الزوج النفقة الواجبة وجب على الزوج دفع عوضه.

كما يحتمل وجوبه دائماً يحتمل وجوبه الى زمان اليأس منه. وذهب ابن ادريس الى وجوب الدفع الى الحاكم<sup>(١)</sup>، ولا شبهة في جوازه، أما الوجوب فلا دليل عليه، مع أن أكثر الأصحاب على خلافه، والقول بالصدقة لا محيد من جوازه عند فقد الحاكم. ومع وجوده فيمكن الأولية للصدقة على الدفع الى الحاكم؛ لأنها إحصان يحض بالنسبة الى المالك؛ لأنه مع وجوده يحمل ضمان العوض، ومع عدم الظفر به هو عبادة وبر بالنسبة اليه، و(ما على المحسنين من سبيل)<sup>(٢)</sup>. فإذا دفع الى الحاكم لم يؤمن تلفه بغير تفریط سموت الامران، هذا مع اعتضاده بالشهرة، والاذن بالصدقة في عدة نظائر لهذا، فالعمل به هو الأصح. نعم، الأولى مراجعة الحاكم في الصدقة؛ لأنه أبصر عوامعها، وهذه الصدقة من قبيل المنذوبات، فتصرف الى مستحقها، ووجوبها على المدينون بالعارض لا يصيرها واجبة، إذ هو بمرءة الوكيل والوصي. قوله: (ويؤري).

أي: يقصد بإنكاره وحيفه عن نفي الاستحقاق ما يخرج عن الكذب، وهذا الحكم على سبيل الوجوب؛ لأن الكاذب ملعون. والتورية: أن يقصد باللفظ خلاف ظاهره، كأن يقصد بقوله: لا دين لك علي: لا دين يجب أدائه الآن.

قوله: (ولو استدان الزوج النفقة الواجبة وجب على الزوج دفع عوضه).

(١) المرائن: ١٦٣.

(٢) التوبة: ٩١.

ولا تصح المضاربة بالدين قبل قبضه؛ لأن تعيينه بقبضه، فإن فعل فالربح بأجمعه للمديون إن كان هو العامل، وإلا فللمالك وعليه الأجرة.

المتبادر من دفع الموض: دفعه الى مدين، وهو قول الشيخ<sup>(١)</sup>، وظاهر رواية السكوني دال عليه<sup>(٢)</sup>، وانكره ابن دريس، وقصر الوجوب على الدفع الى الزوجة والقضاء عليها؛ لأنها الغرم دونه<sup>(٣)</sup>.

ووجهه في المختلف كلام الشيخ: بأن الزوجة كالوكيل عن الزوج، فيجب عليه القضاء<sup>(٤)</sup>. وفيه منع؛ لأن استحقاقها النفقة لا يصيرها كالوكيل، وكلام ابن ادريس هو المتجه، وإن كان العدول عن ظاهر الرواية لا يخلو من شيء. ولو حمل الأمر بقضاء الزوج عنها على دفع ذلك اليها - لأنه حيثئذ بتمكيه إياها من القضاء كأنه قضى عنها - لكان عدولاً عن الظاهر وأوكدتاً للمجاز. قوله: (وإلا فللمالك).

أي: إن شترى بالعين واحاز المالك؛ لبطلان الإذن السابق بمصاد المضاربة، وإن اشترى في الذمة فالربح للعامل، وإنما تشبث له الأجرة على تقدير ثبوت الربح للمالك.

وتقدير قوله: (وإلا فللمالك): وإن لم يكن المديون هو العامل بل كان ثالثاً، والفرق: أنه إذا كان هو المديون لم يتمي المال للمالك؛ لكونه الى الآن في يد المديون، بخلاف ما إذا كان قبضه الثالث، فإنه وكيل للمالك. فإن قلت: اذنه في القبض به إنما يثبت بالمضاربة الفاسدة، فلا يعتد به، كما لا يعتد به بسائر الاشياء التي تضمنتها العقود الفاسدة.

قلنا: هذا مخصوص بما إذا كانت تلك الامور المتضمنة من تواع العقود

(١) النهاية: ٣٠٧.

(٢) التهذيب ٦: ١٩٤ حديث ٤٢٦.

(٣) السرائر: ١٩٣.

(٤) المختلف ٤١٢.

ويصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره، فيجب على المدين دفع الجميع الى المشتري وإن كان ثمن أقل على رأي. ولو باع النسي على مثله خيراً، أو خنزيراً حاز أخذ ثمن في الجزية والدين، ولو كان الباع مسلماً لم يحل. ولا تصح قسمة الدين، فلو اقتسما ما في الذمم كان الحاصل لهما والتالف منها، نعم لو أحال كل منها صاحبه بحصته وقبل المدينان صح.

الفاصلة، أما إذا اقتضى للمط مصرية ووكالة؛ لاشتماله على الاستئانة في التصرف، فإن فساد المصرية لا يقتضي فساد الوكالة، كما لو باعه وآخره في عقد واحد، واختل بعض شروط البيع، فن الأجازة صحيحة وإن فسد البيع.

قوله: (ويصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره، فيجب على المدين دفع الجميع الى المشتري...)

هذا هو الأصح خلافاً لشيوخ، حيث أوجب قيمة ما دفعه المشتري أو صاحب الدين<sup>(١)</sup> تعويلاً على رواية ضعيفة<sup>(٢)</sup>، والاكثر على خلافه، ودلائل الكتاب<sup>(٣)</sup> والسنة تدل على استحقاق الجميع<sup>(٤)</sup>.

ولا يخفى أنه لا بد من رعاية السلامة من الربا لو كان ربويين، وقد نبه عليه المصنف في كلامه بعد، وكذا يشترط رعاية شروط الصرف لو كانا من الاثمان، ومنع ابرادريس من بيع دين على غير من هو عليه<sup>(٥)</sup>، وهو ضعيف.

قوله: (ولا تصح قسمة الدين، فلو اقتسما ما في الذمم كان الحاصل لهما، والتالف منها، نعم، لو أحال كل منها صاحبه بحصته، وقبل المدينان صح).

(١) النهاية: ٣١١.

(٢) الكافي ٥. ١٠٠ حديث ٣، التهذيب ٦. ١٩١ حديث ٤١٠.

(٣) البقرة: ٢٨٣.

(٤) الكافي ٥. ١٠٠ حديث ٢ و٣، التهذيب ٦: ١٨٩ حديث ٤١١.

(٥) الرائدة: ١٣٣.

ولا يصح بيع الدين بدين آخر، ولا بيعه نسيئة، ولو كان الثمن والمثمن من الربويات اشترط في بيعه بجنسه التساوي قدرأ، والحلول .  
وأرزاق السلطان لا يصح بيعها إلا بعد قبضها، وكذا السهم من الزكاة والخمس.

### المطلب الثاني: في القرض:

وفيه فضل كثير، وهو أفضل من الصدقة بمثله في الثواب.

لكن احوالة الأولى حوالة ممن ليس في ذمته دين، فيبقى على صحتها، وسيأتي تحقيقها، إلا أن يفرض سبق دين له عليه، والعبارة الحالية من هذا القيد، وذهب في الدروس الى حوار الصلح على ما في النعم بعضاً بعضاً<sup>(١)</sup>، وهو محتمل.

قوله: (ولا يصح بيع الدين بدين آخر ولا بيعه نسيئة).

أما الأول: فلأنه بيع الكلئ بالكلئ، كأن يسع ما في دمة زيد بما في دمة عمرو. وأما الثاني، فقد قل الشيخ فيه بالكراهية<sup>(٢)</sup>، ومعه ان ادريس<sup>(٣)</sup>، وهو الأصح؛ لكونه بيع دين بدين.

قوله: (وارزاق السلطان...).

لأن ذلك كله غير مملوك، وإنما يملك بالقض.

قوله: (وهو أفضل من الصدقة بمثله في الثواب).

اجار في (مثله) يحتمل أن يتعلق بـ (الصدقة)، فيكون المعنى: القرض بشيء أفضل من الصدقة مثل ذلك، وافصليته في الثواب، فيكون الجار في قوله: (في الثواب) متعلقاً بـ (أفضل).

وقد يقال: إن الاصلية هنا لا تكون إلا باعتبار الثواب، فقد يقال: إن في الثواب مستدرك. ويحتمل أن يكون حوار الأول متعلقاً بـ (أفضل) أيضاً،

(١) الدروس: ٣٨٠.

(٢) قاله في نهاية: ٣١٠.

(٣) السرائر: ١٦٨.

ولا بد فيه من إيجاب صادر عن أهله ، كقولك : أقرضتك ، أو تصرف فيه ، أو انتفع به ، أو منكك وعيك رد عوضه ، وشبهه . وقول ، وهو ما يدل على الرضى قولاً أو فعلاً .

ويكون المعنى المراد: أن بقدر المقرض الفصل من المتصدق به بمقدار مثله في الثواب .

ويرد عليه: أن المتفاضل به هو مقدار ثواب المتصدق به لا مقدار مثله ، فيكون فاسداً ، وهذا اللفظ المذكور في العبارة نقله الشيخ رحمه الله روية<sup>(١)</sup> .

قوله: (ولا بد فيه من إيجاب صادر عن أهله - إلى قوله: - وقبول ، وهو: ما يدل على الرضى قولاً أو فعلاً) .

ظاهر عباراتهم: أنه لا بد من الإيجاب القولي ، وعبارة التذكرة أدل على ذلك<sup>(٢)</sup> .

ويرد عليه: أنه قد سبق في البيع الاكتفاء بالمعاطاة ، التي هي عبارة عن الأحد والاعطاء ، فإن اكتفى في العقد اللازم بالإيجاب والقول الصليين ، فحقه أن يكتفي بها هنا بطريق أولى .

وليس بعيد أن يقال: إن انتفع الملك إلى المقترض بمجرد القبض موقوف على هـ ، لا إباحة التصرف ، إذ دلت القرائن على إرادتها .

قوله: (وعليك رد عوضه) .

هذا معتبر بما عدا (أقرضتك) ؛ لأن الإذن في التصرف والانتفاع والتبليك أهم من استحقاق رد العوض ، ندي هو جزء مفهوم القرص ، فلا بد من لفظ يدل عليه ليكون قرضاً ، فيكون التقدير: أو تصرف فيه وعيك رد عوضه ، أو انتفع به وعليك رد عوضه ، وكذا الباقي .

قوله: (وشبهه) .

يمكن عود الضمير إلى قوله ، أي: لا بد من إيجاب كقوله كذا وشبهه هذا

(١) الهية: ٣١٢

(٢) التذكرة ٢ ٥ .



ولو شرط رهناً أو كفيلاً به جاز؛ لأنه إحكام ماله. أما لو شرط  
رهناً بدين آخر فالأقرب الجواز،

بالقرض معه دل على الرضى به بدونه؛ لأنه إذا رضى بما عليه رضى بما له  
بطريق أولى، فيكون الرضى بالقرض واقعا على وجهين:

أحدهما: مدلول عليه بمنطوق اللفظ، والآخر: مدلول عليه بمفهوم الموافقة،  
فاذا امتنع أحدهما لفا وصح القرض باعتبار الوجه الآخر.

واعلم أن المصنف قال في التذكرة في هذه المسألة: والأقوى عندي  
صحته لا لزومه، كما لو شرط التأجيل (أنه)

وتنقيح هذا: أن الشرط المنهي عنه هو المتضمن للزيادة في العين أو  
الصفة بالنسبة إلى المقرض. أما ما يقتضي الريادة للمقرض فليس بمنهي عنه،  
بل هو من كمال المصروف، وإنما لم يلزم لأن القرض مبني على المماثلة بين  
المقرض والمقروض حالاً، فإذا شرط له ترك البعض أو التأخير فقد وعده  
بالإحسان، ولا يجب الوفاء به، إما الوجوب أداء ما اقتضاه القرض.

قوله: (ولو شرط رهناً أو كفيلاً به جاز؛ لأنه إحكام ماله).

يجب أن تكسر همزة (إحكام)، أي: لو شرط رهناً بالقرض أو كفيلاً به  
جاز ذلك، ولم يعد زيادة، إذ هو تأكيد لمقتضى القرض، أعني برد العوض،  
فهو إحكام ماله، وجعله على وجه الحكمة.

قوله: (أما لو شرط رهناً بدين آخر فالأقرب الجواز).

أي: بخلاف ما لو شرط في قرض رهناً بدين آخر، فانه موضع خلاف،  
والأقرب جوازه، ووجه القرب: أن ذلك ليس زيادة في مال المقرض، وإنما هو  
شرط خارج عنه، وإن كان زيادة بحسب الواقع، فإن المنهي عنه هو الزيادة في  
مال المقرض.

نعم، ظاهر ما رواه العامة من قول النبي صلى الله عليه وآله: «كل

وكذا يجوز لو اقترضه بشرط أن يقترض منه، أو يقترضه آخر، أو يبيعه بضمن المثل، أو بدونه، أو يسلفه، أو يستنف منه. ولو قال: اقترضتك بشرط أن اقترضك غيره صح ولم يجب الوعد،

قرض يجز منفعة فهو حرام»<sup>(١)</sup> مناف له. ويحتمل ضعيفاً التحريم؛ لتحقيق زيادة المنفعة.

قوله: (وكذا يجوز لو اقترضه بشرط أن يقترض منه، أو يقترضه آخر).

أي: يجوز أن يقترضه شيئاً بشرط أن يقترضه شيئاً آخر، وربما قيد بأن يكون ذلك المحض الاحسان لا الخوف ونحوه يحصل بالقرض مصلحة وينفع للمقرض، وقد عرفت أن الزيادة للمتنوع من اشتراطها هي ما كانت في مال القرض.

قوله: (أو يبيعه بضمن المثل، أو بدونه).

قبل بالمتنوع فيما اذا اشترط أن يبيعه بدونه لحر المنفعة، وهو مردود بما ذكرناه.

قوله: (ولو قال اقترضتك بشرط أن اقترضك غيره صح، ولا يجب الوعد).

قد سبقت هذه المسألة في قوله: (أو يقترضه آخر) ولعله إنما أعادها لبيان عدم وجوب الشرط؛ لأنه وعد. وتنقيحه: أن هذه زيادة مشروطة من قبل المقرض، فهي عليه، فلا يلزم، ولكنها تحوز كما في اشتراط الأجل، ولا يلزم فساد العقد، بخلاف ما لو كانت الزيادة مشروطة للمقرض، فإن العقد يفسد؛ لنهي عن الشرط المقتضي لفساده، وانتهاء رضى المقرض بدونه، وفي الشرط الذي عليه رضاه ثابت معه وبدونه بطريق أولى، فلا يفسد، ولا يلزم.

(١) الجامع الصغير ٢/ ٢٨٤ حديث ٣٣٣٦. وفيه: «كل قرض حرٌ منفعة فهو ربا»



بخلاف البيع.

ويصح قرض كل ما يضبط وصفه وقدره، فإن كان مثلياً ثبت في الذمة مثله كالذهب والفضة وزناً، والحنطة والشعير كيلاً ووزناً، والخبز وزناً وعدداً؛ للمعرف. وغير المثلي تثبت قيمته وقت القرض لا يوم المطالبة،

قوله : (بخلاف البيع).

لأنه عقد لازم من الطرفين، فما تضمنه من الشروط الصحيحة معتبرة في العوضين، فيلزم.

قوله : (والخبز وزناً وعدداً للمعرف).

(للمعرف) متعلق بقوله: (عدداً) أي: يجوز اقتراضه عدداً وإن كان فيه أكبر وأصغر، لانتفاء المعرفة على المساحة في ذلك، ومثله الحوز، وبه رواية من الصادق عليه السلام<sup>(١)</sup>.

قوله : (وغير المثلي تثبت قيمته وقت القرض، لا يوم المطالبة).

وذلك ؛ لأن ما كان من ذوات القيم إنما تعتبر فيه القيمة، نظراً إلى أنه الذي يقابل به ويعد عوضاً عنه، ولأنه اضبط لبعده عن الزيادة والنقصان. وفي التذكرة: أن ما يضبط بالوصف - وهو ما يصلح للمسلم - الأقرب أنه تضمنه بمثله من حيث الصورة<sup>(٢)</sup>؛ استدلالاً بأن النبي صلى الله عليه وآله استقرض بكراً ورد بأزلاً<sup>(٣)</sup>. ولا دلالة فيه؛ لأنه أعم من الوجوب، فإنها إذا تراضيا لا بحث.

وأيضاً فإنه صلى الله عليه وآله قصد إعطائه خيراً مما اقترض منه، فيتحقق أنه غير الواجب، إذا ثبت هذا فواجب قيمة وقت القرض؛ لأنه وقت الثبوت في الذمة لا قيمة يوم المطالبة.

(١) الفقيه ٣: ١١٦ حديث ١٩٣.

(٢) التذكرة ٢: ٥.

(٣) من البيهقي ٥: ٣٥٣.

ولو تعذر المثل في المثلي وجبت القيمة يوم المطالبة.  
 ويجوز اقتراض الجواري والآلى؛ لما قلناه من ضمان القيمة.  
 ويميل المقترض القرض بالقبض، فليس للحقراض ارتجاعه، بل  
 للمقترض دفع المثل مع وجود الأصل، فواقترض من ينعق عليه انعق  
 بالقبض.  
 ولو شرط الأجل في القرض لم يسزم، لكن يصح أن يجعل أجله  
 شرطاً في عقد لازم فيلزم.

قوله: (ولو تعذر المثل في المثلي وجبت القيمة يوم المطالبة).  
 لأنه وقت الانتقال إلى القيمة، وسيأتي في آخر الفروع في المراهم ثبوت  
 القيمة وقت التعذر.  
 قوله: (ويجوز اقتراض الجواري والآلى؛ لما قلناه من ضمان  
 القيمة...).  
 وإن لم يجز السلف فيها؛ لأن صطها لا وصف غير محتاج إليه للاستعانة  
 بوجوب القيمة.  
 قوله: (لكن يصح أن يجعل حله شرطاً في عقد لازم، فيلزم).  
 أورد شيخنا الشهيد في بعض حواشيه على ذلك اشكالاً، حاصله: أنه إن  
 أريد بلزومه توقف العقد المشروط فيه عليه فستم، لكنه خلاف المتبادر من كونه  
 لازماً، ولا يقتضيه كما هو ظاهر، إذ العقود المشروط فيها شروط لا تقتضي  
 لزومها، بل فائدتها تسلط من تعلق غرضه بها على الفسخ بالاخلال بها.  
 وإن أريد لزوم ذلك الشرط في نفسه - بمعنى أنه لا سبيل إلى الإخلال  
 به - لم يطرد، إلا أن يفرق بين اشتراط ما سيقع وما هو وقع، ويجعل التأجيل من  
 قبيل الواقع، فيتم هذا.  
 ويمكن الجواب بأن المراد بكون الشرط لازماً: وجوب الوفاء به، كما  
 وجب الوفاء بالعقد اللزم؛ لأنه من جملة مقتضياته.

وكذا لا يلزم لو أجل الحال بزيادة فيه، ولا تثبت الزيادة،

وتسلط من تعلق غرضه [به على نفي] لا ينافي هذا المقدار من اللزوم من طرف العاقد الآخر، فيكون الشرط<sup>(١)</sup> والعقد لازماً من طرف المشتري له، ومن طرف من تعلق به غرضه يكون العقد لازماً مع الاتيان بالشرط لا بدونه، وهذا معنى واضح صحيح.

نعم، ما سبق من أن اشتراط العتق في العبد المبيع إذا أخل به المشتري يسلط البائع على النسخ، وليس له إجبار المشتري منافع هذا، وإن كان المختار أن له الإجبار فلا منافاة.

وما ذكره من الفرق بين الشرط الذي يجعل وعيره أيضاً متجه، فلا يبعد أن يقال: إذ شرط تأجيل الحال في عقد لازم كان كما لو شرطه في العوض الواقع في ذلك العقد، فهزم بهذا الإشتراط.

وهذا هو المفهوم من اصطلاح الاصحاب تأجيل الحال في عقد لازم، وليس هو كاشتراط أن يعمل العمل العائلي، ومثله ما لو باعه كذا واشتراط له سكنى الدار سنة، فإن ذلك يصير حقاً له كاستحقاق العوض.

قوله: (وكذا لا يلزم لو أجل الحال بزيادة فيه، ولا تثبت الزيادة).

ولا يعمل أخذها لو بذلت بمجرد جعلها في مقابل التأجيل، نعم لو شرط التأجيل مع الزيادة في عقد لازم صح. وقيد في التذكرة<sup>(٢)</sup> ما إذا كانت الزيادة في ثمن ذلك المبيع الذي تضمن عقده الشرط لا في الدين، لأن ذلك ربا، كما علل به في موضع آخر، وهو متجه.

وهنا فائدة، وهي: أن الشروط الواقعة في عقد القرض أقسام:

الأول: ما يفسده، وهو اشتراط الزيادة للمقرض في نفس مال القرض.

الثاني: ما يكون لغواً أو وعداً، وهو الزيادة للمقرض من غير أن يكون

(١) ما بين المقوفين لم يرد في «م»، وأنبأه من الحجري لاقصاء السياق له.

(٢) التذكرة ٢: ٧.

وله تعجيل المؤجل باسقاط بعضه مع التراضي.

للمقرض زيادة.

الثالث: ما يكون مؤكداً كاشتراط رهن، وهو صحيح قطعاً.  
الرابع: ما يكون زيادة للمقرض، لكن لا في مال المقرض، وفي صحته  
تردد، والأصح الصحة.  
الخامس: ما يكون وعداً محضاً، كما لو قرضه شيئاً، وشرط له أن يقرضه  
شيئاً آخر لمحض الإحسان.

إذا عرفت ذلك فلا بد من الفرق بين هذه الشروط في الأحكام.

ففي الأول: معلوم بقاء مال المقرض على ملك المقرض.  
وفي الثاني: إن كان الشرط لغواً فلا بحث، وإن كان وعداً فعناء: إن  
وفي به كان حساً، وإلا لم يأنم. ووجهه: أن المقرض أحسن إلى المقرض،  
وشرط له في ذلك الإحسان إحساناً آخر لنعمه فقط، فلا يجب عليه؛ لانتفاء  
المعابلة المفتتحة للوجوب.

وفي الثالث، والرابع: يجب عليه الوفاء؛ لأن المقرض لم يرض بالمقرض  
إلا على ذلك التقدير المشروط، وقد رضي المقرض به على ذلك الوجه، فيجب  
الوفاء به. وإن لم يفعل أثم، ولم يكن له إجباره قطعاً؛ لأن المقرض عقد جائز من  
الطرفين لكل منها فسخه، فله أن يفسخه حالاً.

وهل يتوقف وجوب الدفع على المطالبة بمال المقرض، أم يجب دفعه بمجرد  
المطالبة بالشرط مع عدم الوفاء به؟ وجهان، وفي لأول قوة.

قوله: (وله تعجيل المؤجل باسقاط بعضه مع التراضي).

لأن ذلك حق لها، فلا بد من تراضيها بالاسقاط، ولا فرق في اعتبار  
التراضي بين تعجيل بعير شيء أو باسقاط البعض؛ لأن الأجل حق لها لترتب  
حق كل منها عليه، فانه كما قد تضر المطالبة بمن له الأجل قبله، كذا قد يضر  
التسليم حالاً بالآخر.

**فروع : أ: لو قال: ملكتك وعليك رد عوضه فهو قرض.**  
**ولو قال: ملكتك وأطلق، ولم توجد قرينة دالة على القرض**  
**كسبق الوعد به فهو هبة، فإن اختلفا احتمل تقديم قول الواهب؛ لأنه**  
**أبصر بنيته، وتقديم [قول] المتهب قضية؛ للظاهر من أن التملك من غير**  
**عوض هبة.**

**قوله: (لو قال: ملكتك وعليك رد عوضه...).**  
 قد سبقت هذه المسألة، وإنما أعادها ليبين عليها ما بعدها.  
**قوله: (ولو قال: ملكتك وأطلق، ولم توجد قرينة دالة على**  
**القرض كسبق الوعد به فهو هبة).**  
 المراد بقوله: (أطلق): تجريد عن ذكر رد العوض، وقيد بعدم وجود  
 القرينة؛ لأنه مع وجودها يجب حمل اللفظ على مقتضاها؛ لأن لقرائن تفيد  
 الأشياء المطلقة ونصرف سلفاً عن ظاهرها إلى غيره، فيكون معها قرصاً، وبدونها  
 هبة.

**قوله: (فإن اختلفا احتمل تقديم قول الواهب<sup>(١)</sup> لأنه أبصر بنيته،**  
**وتقديم قول المتهب قضية للظاهر من أن التملك من غير<sup>(٢)</sup> عوض هبة).**  
 اختلافها يكون على وجهين:  
 أحدهما: أن يختلفا في انتمرض إلى اشتراط رد العوض، فالقول قول  
 منكره، وهذا غير المذكور في العبارة؛ لأن لظاهر منها أن اختلافهما فيها لو قال:  
 ملكتك وأطلق.

(١) (غير الواهب) وانهب باعتبار تعلق (بمعنى بذلك)، وردت هذه العبارة في «م»، والظاهر أن  
 حاشية دخلت في نتي لضم وجوبها في النسخة الخطية للقواعد.

(٢) في «م»: غيره، وفي الحاشية ورد «بعضه» وفي نسخة أخرى: (من غير عوض) بإسقاط اللام من  
 (غير).

ب: لورد المقترض العين في المثلي وجب القبول وإن رخصت،

الثاني: وهو مسألة الكتاب أن يحتج في القصد، وبه على ارادته مع ما قلناه قوله: (لأنه أبصر نيته).

ووجه الاحتمال الأول: أن ادفع أبصر نيته، فيكون القول قوله مع اليقين. ويشكل بانه لا يلزم من كونه أبصر نيته تقديم قوله بيمينه، وارتكاب خلاف ظاهر اللفظ، فإن الواجب إما هو استعمال الألفاظ في معانيها إذا جردت عن القرائن في الإيقاعات والمقود، ولا يلتفت إلى قول أحد المتعاقدين أنه لم يقصد مدلولها، وإن كان القصد بحسب الواقع معتبراً، إلا أن الطاهر أنه لم ينطق بها إلا وهو يريد لمعناها، فلا يلتفت إلى خلافه.

نعم لو شهدت قرينة كالاكراه وعيبة لمريض سمع قوله بيمينه، وسبق الوعد بالقرض في مسألتنا من هذا القبيل، فتوكلنا في القصد حينئذ قدم قول الدافع بيمينه؛ هملأ بالقرينة.

ولا يخفى أن لفظ التملك المجرد عن رد العوض حقيقة في الهبة وبجاز في القرض؛ لأنه جزء مفهوم؛ لأن جزءه الآخر رد العوض، وربما استدل بقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»<sup>(١)</sup>، وبأن الأصل بقاء الملك على مالكه ومحو ذلك. ولا دلالة فيه؛ لأن ذلك كله مع عدم وجود ما يبعد سبباً ناقلاً شرعاً لا معه، فيكون الاحتمال الأول أقوى.

قوله: (لورد المقترض العين في المثلي وجب القبول وإن رخصت).

رخصت - يضم عين الفعل - معناه: نقصت قيمتها السوقية عما كانت، مع بقاء العين محلها، وإما يجب القبول؛ لأن الواجب أمر كلي في النعمة، والعين أحد أفرادها، والتعيين إلى من عليه الحق.

وكذا غير المثلي على اشكال، منشؤه: إيجاب قرضه القيمة.

ج: للمقرض مطالبة لمقترض حالاً بالجميع وإن أقرضه تفريق، ولو أقرضه جملة فدفع إليه تفريق وجب القبول.

قوله: (وكذا غير المثلي على اشكال، منشؤه: إيجاب قرضه القيمة).

والوجه الآخر: مساواة المدفوع للمأخوذ، وأن القيمة إنما اعتبرت لتعذر المثل، والحق أن هذا الإشكال لا وجه له بعد تحقيق أن الواجب في فرض القيمي هو القيمة وقت المقرض، فإذا دفع العين فقد دفع غير الواجب، فيكون القبول مشروطاً بالتراضي <sup>وهو</sup> <sup>طهره</sup> ويكون القيمة إنما اعتبرت لتعذر المثل أولاً غير معلوم، وثانياً لا يضرنا؛ لأن الكلام إنما هو في الثالث في الدمة الآن، لا فيما كان حقه الثبوت، وقد عدل عن ثبوته لدلّس، نعم لو كان الواجب المثل ومع التعذر القيمة تم هذا.

قوله: (للمقرض مطالبة المقرض حالاً بالجميع، وإن أقرضه تفريق).

(حالاً) في عبارة الكتاب غمضة، أي: في الوقت الحالي، والمراد بقوله: (وإن أقرضه تفريق): أقرضه الحملة في دفعات، ووجه استحقاق ذلك أن الجميع حال، فله المطالبة به كما هو واضح.

قوله: (ولو أقرضه جملة، فدفع إليه تفريق وجب لقبول).

المراد: أنه لو أقرضه شيئاً جملة، فدفع إليه بعضه وجب قبول ذلك البعض المدفوع؛ لأنه حق له استحقاق أخذه، وليس له الامتناع من أخذه إلى أن يسلم الجميع، إذ لا صفقة هنا. بخلاف البيع فإن كلاً من المبيع والثلث إنما يجب تسليم جميعه؛ نظراً إلى اتحاد الصفقة، على أنه مع وجوب قبول البعض المدفوع في مسألة الكتاب له المطالبة بالباقي حالاً، ولا يجب على المقرض التأخير وإن قل الزمان، إلا مع الإعسار.

د: لو اقترض جارية كان له وطؤها وردها، اذا لم تنقص على المالك مجاناً.

ولو حملت صارت أم ولد يجب دفع قيمتها، فإن دفعها جاهلاً لحملها ثم ظهر استردها، وفي الرجوع بمذمعتها اشكال، ويدفع قيمتها يوم القرض لا يوم الاسترداد.

قوله: (لو اقترض جارية كان له وطؤها، وردها اذا لم تنقص على المالك مجاناً).

أما أن له وطؤها؛ لأنها بالقرض تمت، وقول بعض العامة: إن الملك بالقرض سبب ضعيف، فلا يحل به الإبطاء. حتى أنه على كات الجارية بحيث يحل للمقرض وطؤها بالملك أو بالعقد لا يصح قرصه يدها، نظراً إلى ما ذكره من ضعف السبب، وإمكان ردها، فيشبه عارية الخواري لبوطاء، وهو مهمل عنه (١) من قبيل المليات.

لكن قول المصنف: إن له ردها اذا لم تنقص مشكل؛ لأنه إن أراد ردها وإن لم يرض المقرض فهو مشكل، لما عرفت من أن الواجب هو القيمة، لا المثل. وقد سبق أنها تردد المصنف في وجوب قبول العين، ويبعد رجوعه عن ذلك في هذه المسافة القصيرة. وإن أرد جواز الرد اذا رضي فهو حق، لكن لا حاجة إلى التقييد بعدم النقص كما هو معلوم، فله اذا رضي به صحت قطعاً. قوله: (وفي الرجوع بمذمعتها اشكال).

يشأ: من أن دفعها على أن مافعها لمقرض مجاناً، فلا يستحق الرجوع بها، ومن أنه إنما دفعها عوضاً عما له في ذمته، وكون المنافع مجاناً إنما هو على ذلك التقدير، وقد انتهى، فينتفي ما ترتب عليه، ولعموم قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (٢)، ولأنه قد تبين أن يد المقرض على الجارية بغير حق، فتكون يد عدوان، اذ لا واسطة بينها، غية ما في الباب أن ذلك لم يكن

(١) أنظر المجموع ١٣: ١٦٩.

(٢) سنن الترمذي ٣٦٨: ٢ حديث ١٢٨٤.



هـ: لو اقترضه دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن، أو قبة من طعام غير معلوم الكيل، أو قدرها بمكيال معين، أو صنجة معينة غير معروفين عند الناس لم يصح؛ لتعذر رد المثل.  
و: ينصرف اطلاق القرض الى أداء المثل في مكانه، فلو شرطا القضاء في بلد آخر جاز،

معلوماً بحسب الظاهر، فإذا عدم ترتب عيبه أثره. وما أشبه هذه المسألة بمسألة منافع المبيع بيعاً فاسداً، وقد سبق استحقاق الرجوع بها، فيكون استحقاق الرجوع هنا لا يحمل من قوة.

قوله: (أو قدرها بمكيال معين)، أو صنجة معينة غير معروفتين عند الناس لم يصح).

وإن فرض حفظها؛ لأن شرط صحة القرض العلم بالقدر، وإما يتحقق بكون المكيال عدماً، وكذا الوزن، والمكيال والصنجة في مسألة الكتاب لا يجرح المقدّر بها عن الجهالة مع أنها بمعرض التلف، فلا يبقى الى العلم بالمقدار طريق.  
قوله: (لتعذر رد المثل).

قيل عيبه: هذا غير واضح؛ لأن المكيال والصنجة مع حفظها لا يتعذر رد المثل، فكان عليه أن يعلل بغير ذلك.

وجوابه: إمكان إرادة كونه بمعرض التلف، فيكون شأنها تعذر رد المثل باعتبار تلفها.

قوله: (ينصرف اطلاق القرض الى رد المثل في مكانه).  
وذلك لأنه موضع الوجوب اذ يقرض على طريق الحصول، ولو أجل بسبب لازم فوضع الرد مكان الحصول على الظاهر.  
قوله: (فلو شرط القضاء في بلد آخر جاز).

لعموم: «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>.

سواء كان في حمله مؤونة أو لا.

ولو طالبه المقرض من غير شرط في غير البلد، أوفيه مع شرط غيره وجب الدفع مع مصلحة المقرض.

قوله: (سواء كان في حمله مؤونة، أو لا).

وسواء كانت المصلحة في ذلك في جانب المقرض أم المقرض، لكن لو كانت مصلحة الأداء في بلد آخر بالنسبة إلى المقرض، كالتخلص من مؤونة الحمل، أو السلامة من خوف النهب ونحوه، جاء احتمال فساد القرض لجر النفع، وقد صرح به شيخنا الشهيد في بعض فوائده.

وقد عرفت أن المصوغ منه الزيادة في مال المقرض عيناً أو صفة، وليس هذا واحداً منها.

قوله: (ولو طالبه المقرض من غير شرط في غير البلد، أوفيه مع شرط غيره وجب الدفع مع مصلحة المقرض).

هنا مسألتان:

الاولى: أن يطالب المقرض المقرض بمال القرض في غير بلد القرض، والحال أنه لم يشترط أدائه في غير بلد القرض، فاختار المصنف أنه إنما يجب عليه الدفع مع مصلحة المقرض لا بدونها.

أما إذا لم تكن له مصلحة؛ فلأنه ضرر لم يقتضه عقد القرض ولم يلتزمه، فلا يجب عليه الالتزام به؛ لظاهر: «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(١)</sup>.

وأما إذا كان له مصلحة؛ فلأن القرض حال، إذ هو المفروض، فيجب أدائه عند المطالبة، حيث لا مانع يمنع شرعاً، وليس إلا الضرر والفرض عليه، وظاهر اختيار المصنف في المختلف وجوب الدفع وقت المطالبة مطلقاً كالغصب<sup>(٢)</sup>، وقد سبق تحقيق المسألة، وأن المختار وجوب الدفع مالم تختلف قيمة المثلي،

(١) الكافي ٤: ٢٩٢ حديث ٢، و ٥: ٢٨٠ حديث ١، نقيه ٣: ٤٥، ١٢٧ حديث ١٥٤، ٦٤٨،

التهذيب ٧: ١٤٦، ١٦٤ حديث ٦٥١، ٧٢٧.

(٢) المختلف: ٤١٤.

ولو دفع في غير بلد الإطلاق، أو لشرط وحب القبول مع مصلحة المقرض.

ز: لو اقترض نصف دينار، فدفع ديناراً صحيحاً وقال: نصفه قضاء ونصفه أمانة جاز، ولم يجب القبول.

فتكون قيمة مكان المطالبة أكثر، فإنه لا يجب الدفع حينئذ للضرر، إلا أنه يرضى المقرض بقيمة موضع القرض جمعاً بين الحقين، وهذا هو المعتمد، والظاهر أنه مراد المصنف هنا، وإن كان قول المصنف: (مع مصلحة المقرض) قد تظهر منه مخالفة ذلك.

ولو قال بدله: مع عدم ضرر عن المقرض لكان أدل على المراد وأولى، فإن مصلحة المقرض قد تكون في عدم الدفع وإن لم يكن ثم ضرر.

الثانية: أن يطالب في بلد القرض، وقد شرط الأداء في غيره، وحكمها حكم الأولى؛ لأن الشرط لا يصير المدين مؤجلاً، ولا سبيل إلى اطراح الشرط بالكلية؛ لعدم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(١)</sup> فيجمع بين الحقين، وكل ما ذكر هناك فهو آت أيضاً هنا.

قوله: (ولو دفع في غير بلد لإطلاق أو الشرط وجب القبول مع مصلحة المقرض).

هنا أيضاً مسألتان كما سبق، وبالمحصل: أنه لما كان الحق حالاً، وكان لبلد الإطلاق وبلد الشرط علامة بوجوب الدفع فيه جمعاً بين الأمرين، بأنه إن كان على المقرض ضرورة كالاحتياج إلى حله، حيث كان ذا مسؤولية، أو الخوف من النهب ونحوه لم يجب القبول، وإلا وجب. وتنقيح البحث هنا كما سبق.

وكذا إبدال اشتراط المصلحة بعدم الضرر. وذهب شيخنا الشهيد في حواشيه إلى اعتبار موضع الشرط والإطلاق في وجوب الدفع والقبول، سواء كان للممتنع مصلحة أم لا.

أما لو كان له نصف آخر فدفعه عنها وجب القبول.

ح: لو دفع ما اقترضه ثمناً عن سلعة اشتراها من المقرض فخرج  
اثمن زيوفاً، فإن كان المقرض عالماً، وكان لشراء بالعين صح البيع،  
وعلى المقرض رد مثل الزيوف، وإن كان في الذمة طالبه بالثمن سيماً،  
وللمشتري احتساب ما دفعه ثمناً عن المقرض.

قوله: (أما لو كان له نصف آخر، فدفعه عنها وجب القبول).

لأن المجموع مستحق له عنده، وليس بعيد أنه لو كان نصف الدينار  
مضروباً على حدة، واستحق عنه نصيب كذا لا يجب القبول؛ لأنه غير  
الحق. وفي التذكرة صور المسألة بما إذا اقترض نصف دينار مكسوراً<sup>(١)</sup>، وهو يومئذ  
لي ما ذكرناه.

قوله: (فإن كان المقرض عالماً، وكان الشراء بالعين صح البيع،  
وعلى المقرض رد مثل الزيوف).

أي: إن كان المقرض عالماً بكون المدفع ثمناً، وإن كان خلاف ما يطرأ  
بحسب الظاهر؛ لأن ضرر ذلك مع الجهل عليه، وقد اندفع بعلمه، وحينئذ  
فيجب على المقرض رد مثل الريوف.

فإن قلت: كيف صح القرض مع أنه إما أخذها على أنها حالصة؟  
قلت: لقرض أنه لم يقع هذا الشرط في عقد القرض ليكون منافياً، وإما  
اقتراض الموجود، عاية ما في الباب أنه صها حالصة، وذلك لا ينال صحة  
القرض.

قوله: (وإن كان في الذمة طالبه بالثمن سيماً، وللمشتري  
احتساب ما دفعه ثمناً عن القرض).

أما الأول؛ فلأن البيع إما جرى على نقد مخصوص غير معين بالمدفوع،  
فينصرف إطلاقه إلى الخالص، فلا يصلح دفعه ثمناً؛ لعدم المطابقة. وأما الثاني؛

ولولم يكن عالماً، وكان الشراء بالعين كان له فسخ البيع.

ط: لو قال المقرض: اذا مت فأنت في حل كان وصية، ولو قال: إن مت كان إبراء باطلاً، لتعلقه على الشرط.  
ي: لو اقترض ذمي من مثله خيراً، ثم أسلم أحدهما سقط القرض، ولو كان خنزيراً فالقيمة.

فلأنه حق له في يد البائع، وعليه مثله بالقرض، فيسوغ له احتسابه عنه.

قوله: (ولولم يكن عالماً، وكان الشراء بالعين، كان له فسخ البيع).

أي: لولم يكن البائع عالماً بكون المدفوع زيوفاً، وكان الشراء بعي الزیوف، لم يجب على البائع الرضى بكون الزيوف ثماً للبيع. ويشكل؛ بأن الثمن المعين اذا خرج من غير الجنس بطل البيع ولو خرج بعينه بطل في ذلك البعض، فحقه بطلان البيع فيما كان من غير الجنس، لا التسلط على المنع.

قوله: (لو قال المقرض: اذا مت فأنت في حل كان وصية، ولو قال: إن مت كان إبراء باطلاً، لتعلقه على الشرط).

أي: ولو قال بدل (اذا مت): (إن مت...)، والفرق بينهما: أن (اذا) ظرف في الأصل وإن عرض لها مع الشرط، فكأنه قال: وقت موتي أنت في حل، وذلك مجزوم، غير مشكوك فيه، فلا تعليق به فيصح. و(إن) حرف وُضِع للشرط.

فاذا قال: (إن مت) كان مقتضياً لشك في كونه إبراء؛ لأن مقتضى تعليق الموت بكلمة (إن) الشك في حصوله، ومتى كان المعلق عليه مشكوكاً فيه، فالمعلق بطريق أول.

ولا يضر كون الموت بحسب الواقع مقطوعاً به؛ لأن الاعتبار في الجزم وعدمه بالصيغة الواقعة إبراء، فتي لم تكن واقعة على وجه الجزم لم تكن صحيحة.  
قوله: (لو اقترض ذمي من مثله خيراً، ثم أسلم أحدهما سقط القرض، ولو كان خنزيراً فالقيمة).

يا: لو دفع المديون أعوضاً عن التفريق من غير جنس الدين قضاء، ثم تغيرت الأسعار كان له سعر يوم الدفع، لا وقت المحاسبة وإن كان مثلياً.

ولو كان الدفع قرضاً لا قضاء كان له المثل إن كان مثلياً، وإلا فالقيمة وقت الدفع، لا وقت المحاسبة في البابين معاً.

الفرق، أن الخنزير لو كان مالاً لكان قيمياً، كما لا يخفى، كغيره من الحيوان، بخلاف الخمر فإنه مثلي، فبأن اقتراض القيمي يوجب ثبوت قيمته في الذمة وقت القرض تبقى قيمة الخنزير؛ لأن الإسلام ينال استحقاق الخنزير، لا استحقاق قيمته بخلاف القيمي.

قوله: (لو دفع المديون أعوضاً عن التفريق من غير جنس الدين قضاء، ثم تغيرت الأسعار كان له سعر يوم الدفع، لا وقت المحاسبة وإن كان مثلياً).

لأن المدفوع إنما يعد قضاء إذا كان من جنس الدين، فلا بد من احتسابه على وجه يعد من الجنس في وقت كونه قصداً وذلك حين الدفع، ولا أثر لكونه مثلياً أو قيمياً بخصوصه؛ لما قلناه.

قوله: (ولو كان الدفع قرضاً لا قضاء كان له المثل إن كان مثلياً، وإلا فالقيمة وقت الدفع، لا وقت المحاسبة في البابين معاً).

لأن الواجب في قرض القيمي هو بقيمة كما علم غير مرة. وأعلم أن قوله: (في البابين) ينزل على أن المراد به: الجنس وغيره، على معنى أن المراد سواء كان المدفوع قرصاً من جنس لقرض الأول، أم من غيره. وينزل أيضاً على أن المراد: المثلي والقيمي، ولا يستقيم؛ لأن لقيمة وقت الدفع إنما تجب في القيمي خاصة، أما المثلي فيوجب فيه المثل.

وينزل أيضاً على أن المراد: القرض والقضاء، وفيه مع التكرار أنه في المدفوع قضاء لا يختص هذا الحكم بما إذا كان قيمياً، فحينئذ الأول أوجه.

يب: يجوز بيع الدين بعد حلوله على الغريم وغيره، بحاضر أو مضمون حال، لا بمؤجل.

قوله: (يجوز بيع الدين بعد حلوله على الغريم وغيره، بحاضر أو مضمون حال، لا بمؤجل).

احتترز بالحلول عما قبله، فلا يصح؛ لعدم استحقاق شيء في الذمة حينئذ. ويشكل بأنه حق فيجوز بيعه على حالته التي هو عليها وإن لم تجز المطالبة به قبل الأجل. ورد بقوله: (وغيره) على ابن إدريس المانع من بيعه على غير الغريم<sup>(١)</sup>. وقد عرفت ضعف قوله سابقاً.

واراد بقوله: (أو مضمون): ما قابل بالخاص، فإن ما في الذمة يعبر عنه بكونه مضموناً.

واحتترز بقوله: (لا بمؤجل) عن البيع بالمؤجل، فإنه لا يجوز بيع دين بدين، لأن المؤجل يقع عليه اسم لدين، واختاره معنى في التذكرة<sup>(٢)</sup>، وهو الظاهر.

فان قلت: المضمون في الذمة أيضاً دين، فيجب أن لا يصح بيع الدين به.

قلنا: إما يعد ديناً إذا ثبت في الذمة، فقبل ثبوته لا يعد ديناً، ولا يثبت إلا بعقد البيع، فحين جعله عوضاً لم يعد ديناً، فلم يصدق بيع الدين بالدين. فان قلت: فالمؤجل كذلك يعين ما ذكر، فيكون البيع به جائزاً، كما اختاره الشيخ في النهاية<sup>(٣)</sup>.

قلنا: اسم الدين واقع على المؤجل وإن لم يكن قد ثبت في الذمة بعد؛ لأن المحققين من أهل اللغة فسروا الكالئ بالمؤخر، وقد اطلق جميع الفقهاء على أن بيع المؤجل الموصوف بمثله باطل، أما الحال فالأمر فيه أسهل.

(١) السرائر: ١٦٧.

(٢) التذكرة ٢: ٣.

(٣) النهاية: ٣١٠.

يجب: لا يجب دفع المؤجل، سواء كان ديناً، أو ثمناً، أو قرضاً، أو غيرها قبل الأجل، فإن تبرع لم يجب أخذه وإن انتفى الضرر بأخذه، ومع الحلول يجب قبضه، فإن امتنع دفعه إلى الحاكم ويكون من ضمان صاحبه.

وكذا البائع سلماً يدفع إلى الحاكم مع الحلول، ويبرأ من ضمان المشتري.

ذا صرفت هذا، فلامد أن تعمم أن الرد بالضمون؛ ما ليس ديناً للمشتري في ذمة آخر، فإن ذلك مع دين بدين، ومثله ما لو كان لكل منها على الآخر دين، فتبايعا بالدينين على الأصهر. وقد سبق لتبنيه على هذه في الصرف. قوله: (لا يجب دفع المؤجل، سواء كان ديناً، أو ثمناً، أو قرضاً، أو غيرها قبل الأجل).

مقتضاه أن الدين مبایس للقرض والتمن، وكلامه في أول الكتاب يقتضي أن الدين واقع على كل ثابت في سعة، سواء كان قرصاً أم لا، ولهذا جعل في ديني مطلبيين، ثانيهما في القرص.

وفي كون الثمن لا يعد ديناً ما لا يبيع، فإن سم للدين واقع على جميع ما ثبت في الذمة ببيع، أو قرض، أو غيره من عقود المعاوضات، أو اتلاف، أو تسبیب فيه أو نذر ونحو ذلك.

وفي قوله: (أو غيرها) ما يقتضي معايرة الدين لمحقوق لثابتة في الذمة بما سوى هذه الأمور.

قوله: (فإن تبرع لم يجب أخذه وإن انتفى الضرر بأخذه).  
خلافاً لبعض العامة<sup>(١)</sup>.

قوله: (وكذا البائع سلماً يدفع إلى الحاكم مع الحلول).  
مقتضى العبارة: أن حكم البائع سلماً لم يندرج في عموم ما سبق،

(١) قاله مالك في المدونة الكبرى: ٢١٧.



وكذا كل من عليه حق حال، أو مؤجل فحل فامتنع صاحبه من أخذه، ولو تعذر الحاكم وامتنع صاحبه من أخذه فالأقرب أن هلاكه منه لا من المديون.

وليس كذلك؛ لاندراجة في عموم المؤجل، فيكون تكراراً. ويمكن الجواب بأن ذكره بخصوصه لا يقتضي عدم اندراجة في عموم السابق؛ لأنه ربما كان ذكره اعتناءً بحاله.

قوله: (ولو تعذر لحكم، فامتنع صاحبه من أخذه فالأقرب أن هلاكه منه، لا من المديون).

وجه القرب: أن هلاكه من المديون مخرج عظيم، فيكون منقياً للنسب الدال على نفيه، وهذا هو الأصح.

فإن قيل: الدين إما يتعين بقص المالك، أو من يقوم مقامه، ومن ثم كان للمديون تغييره ما لم يقص، فكيف يتعين التألف للمدين؟ وهو وجه الاحتمال الآخر الضعيف.

قلنا: التعيين كما يتوقف على قص المالك يتوقف على تعيين المديون، فإذا امتنع أحدهما في محل لوجوب وحب أن يسقط اعتباره؛ حذراً من لزوم لصير، ومن ثم يجوز أخذ الدين إذا حضر المالك بمال للمديون الممتنع من الأداء، وتعذر الأخذ بالحاكم، ويكون تعيين مالك كفيلاً.

ولا يخفى أنه إنما يجب القيص في الحال إذا ماوى المدفوع الدين جنساً ووصفاً وقدرًا، فلو فقد أحد الأمور الثلاثة لم يجب القبض قطعاً.

وهل يعتبر الأشهاد في ذلك؟ الذي يقتضيه النظر اعتباره؛ لثبوت الدعوى بالتعيين عند الامتناع لو أنكره لمدين، لا لتحقيق ذلك في نفس الأمر.

واعلم أن في انسحاب هذا الحكم فيمن أحبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب في مال على حكم لاشاعة، بحيث يتعين المدفوع لشريك، فلا يتلف منها ما تردداً.

يد: لو أسقط المديون أجل الدين الذي عليه لم يسقط، وليس لصاحبه المطالبة في الحال.

يه: لو اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها لم يكن عليه إلا الدراهم الأولى، فإن تعذرت بقيمتها وقت التعذر.

ومثله ما لو تسط الظالم نفسه، وأخذ قدر نصيب لشريك، لم أجد للأصحاب فيه تصريحاً بنفي ولا إثبات، مع أن الضرر قائم لها أيضاً، والمتجه عدم الانسحاب.

بقي شيء، وهو أن الدليل إذا منع من قبض حقه في موضع وجوب القبض وتعذر الحكم، قد ينشأ زوال الصمد عنه يتعيينه، فهل انتفاء ضمانه مشروط بالحفظ بمجرى العادة، فيكون أميناً، أم لا، فلا يكون الحفظ واجباً عليه؟

لم أجد به تصريحاً، لكن قوة كلام لأصحاب تشهد للثاني، حيث اطلقوا نفي الضمان عنه؛ دفعاً للضرر ولو وجب الحفظ الدائم لبقى الضرر للحدود، ويلزم الضمان بالتقصير فيه. ويتجه الفرق بين ما إذا عرضه على البائع بعد تعيينه، ولم يأت به لكنه أعلمه بالحال، وبين ما إذا اتاه به وطرحه عنده، فينتفي وجوب الحفظ في الثاني دون الأول وإن اشتركا في عدم الضمان.

قوله: (لو أسقط المديون أجل الدين الذي عليه لم يسقط، وليس لصاحبه المطالبة في الحال).

لأن ذلك قد ثبت بالعقد اللازم، لأنه لمفروض، فلا يسقط بمجرد الاستقاط، ولأن في الأجل حقاً لصاحب دين، ولهذا لا يجب عليه قبوله قبل الاجل.

أما لو تقايلا في الأجل فانه يصح، ولو نذر التأجيل فانه يلزم، وينبغي أن لا يسقط بتقايلا، اذ الإقالة في العقود، لا في النذور.  
قوله: (فإن تعذر بقيمتها وقت التعذر).

## ويحتمل وقت القرض

هذا مختار الشيخ<sup>(١)</sup> وابن اسيراج<sup>(٢)</sup>؛ لأنه وقت الانتقال الى البديل الذي هو القيمة. ويشكل؛ بأن التعذر مجردة لا يوجب الانتقال الى القيمة؛ لعدم وجوب الدفع حينئذ، فلا مقتضي له، والأصل بقاء ما كان على ما كان، ولا محذور في كون الشيء ثابتاً في الذمة وإن تعذر تسليمه ما لم يجب دفعه.

ولا وجوب إلا بالمطالبة، وهو المعلوم من فتوى الدروس، فإنه صرح فيه بوجوب قيمتها وقت الدفع، لا وقت التعذر، ولا وقت القرض<sup>(٣)</sup>، ولا يريد إلا قيمة وقت المطالبة، وإن كان في عبارته تساهل، وما اختاره هو الأصح.

### قوله: (ويحتمل وقت القرض)

أي: ويحتمل وجوب القيمة يوم القرض؛ لسبق علم الله تعالى بتعذر المثل وقت الأداء، فيكون لواجب حينئذ هو القيمة، وبه رواية صحيحة<sup>(٤)</sup>. وليس بشيء، إذ لا ملازمة بينهما، ولا محذوري أن تثبت في الذمة وقت القرض لمثل، ويستقل بالتعذر عند المطالبة الى القيمة، فلا دليل على اخراج هذا من عموم وجوب المثل في المثلي، وما قلناه هو الأصح.

وفي رواية عن الرضا عليه السلام: أن عليه دراهم تجوز بين الناس كما أخذ ما ينفق بين الناس<sup>(٥)</sup>، ونزله الشيخ على أنه يؤخذ منه ما ينفق بين الناس بقيمة الدراهم الأولى عما ينفق بين الناس؛ لأنه قد تسقط الدرهم الأولى حتى لا تكاد توجد أصلاً، فلا يلزمه أخذها، وهو لا ينتفع بها<sup>(٦)</sup>، وعصمون الرواية أفي بن بابويه<sup>(٧)</sup>، والمتجه ما قلناه.

(١) النهاية: ٣٨٤.

(٢) نقله عنه في المختلف: ٤١٥.

(٣) الدروس: ٣٧٧.

(٤) الكافي ٥: ٢٤٨ حديث ١٦، الفقيه ٣: ١٨٤ حديث ٨٢٩.

(٥) الكافي ٥: ٢٥٢ حديث ١، الفقيه ٣: ١١٨ حديث ٥٠٣، التهذيب ١٧: ١١٦ حديث ٥٠٥.

الاستبصار ٣: ١٠٠ حديث ٣٤٥.

(٦) قاله الشيخ في الاستبصار ٣: ١٠٠ ذيل حديث ٣٤٥.

(٧) الفقيه ٣: ١١٨ ذيل حديث ٥٠٣.

من غير الجنس لا من الدراهم لثانية، حذراً من التضاض في الجنس المتحد، وكذا لو جعل قيمتها أقل.

ولو ضارب فالأقرب أن رأس المال لدراهم الساقطة، مع احتمال جبر النقص بالربح.

ولو سقطت أو نقصت بعد البيع لم يكن للبائع إلا النقد لأول.

قوله : ( من غير الجنس ... ) .

الحذر متعلق محذوف، على أنه مع انجور حال من قيمتها أو صفة لها، وإما يلزم الربا لأن لظاهر أنه اذ بطل روحها دراهم لم تبق إلا باعتبار النقد، وهو انقص باعتبار أن للسكة اعتباراً معتبراً بها القيمة.

قوله : ( وكذا لو جعل قيمتها أقل ) .

أي: ومثل ما لو اسقطها ما اذا جعل قيمتها أقل مما كانت، وإن أحد لقصة من غير الجنس - حذراً من الربا - متعين.

قوله : ( ولو ضارب، فالأقرب أن رأس المال الدراهم الساقطة ) .

وجه لقرب: أنها رأس المد، فكيف تتصور المطالبة بغيرها؟ ولأن لمصارفة إنما انعقدت بالنسبة إليها، والأصل بقاء ما كان.

قوله : ( مع احتمال جبر النقص بالربح ) .

ووجهه: أنه نقص حصل بعد الدور في شجرة. ويضعف؛ بأن رأس المال بمجاء، والنقص الذي يجب حيراته هو نقص عن رأس المال، ولم يحصل، فإن نقصان قيمة رأس المال لا يعد نقصاً في رأس المال، وهو ظاهر، والأول أصح.

قوله : ( ولو سقطت أو نقصت بعد البيع، لم يكن للبائع إلا النقد

لأول ) .

أي: ولو سقطت الدراهم، أو جعلت قيمتها ناقصة بعد صدور بيع بثمن من الدراهم لم يستحق البائع إلا النقد الذي كان وقت البيع؛ لوجوب حمل اطلاق

ولو تعاملنا بعد النقص والعلم فلا خيار، وإن كان قبل العلم فالوجه ثبوت الخيار للبائع، سواء تباعاً في بلد السلطان أو غيره.

**المقصد الثاني:** في الرهن: وهو وثيقة لدين المرتهن، وأركانه أربعة: الصيغة، والمحل، والعاقدة، والحق. فهنا فصول:

العقد على المتعارف حينئذ أو الغالب.

قوله: (ولو تباعاً بعد النقص والعلم...).

أي: علم البائع؛ لأنه لا ضرر على المشتري لو لم يعلم.

قوله: (وإن كان قبل العلم فالوجه ثبوت الخيار للبائع...).

لأنه نقص سابق على العقد، ولم يعلم به فيكون عيباً أو كالعيب، ثبوت

نقص المالة به. ومحمّل العلم لعدم الزيادة في النقص عن المحرر لطبعي.

ويضمف؛ بأن المراد بالنقص والزيادة باعتبار الغالب، ولهذا يعد كون

الضبعة منزلة الجيوش عيباً مع عدم نقصان قيمتها ولا زيادة، وهذا معنى ثالث

هنا؛ لأن الساقط أو الذي نقصت قيمته قد صار ناقصاً باعتبار العرف الغالب.

ولا يتفاوت هذا لحكم بكون البلد بلد السلطان وغيره؛ للاستواء فيما

قلناه، وتفاوت البلدان بكون الأمر في ذلك متفاوتاً بالظهور والخفاء لا أثر له.

قوله: (وهو وثيقة لدين المرتهن).

لما كانت التاء في (وثيقة) لقر اللفظ من الوصفية إلى الاسمية المحضة كالتاء

في لفظ الحقيقة. ثم يرد عدم المطابقة بين المبتدأ والخبر في التذكير والتأنيث، ولا

يرد عليه لزوم الدور، باعتبار أخذ المرتهن في التعريف؛ لإمكان كشفه بصاحب

الدين، أو بمن له الوثيقة، فلا يلزم توقفه على معرفة مفهوم الرهن.

وعرفه في الدروس: بأنه وثيقة للمدين، يستوفي منه الدين<sup>(١)</sup> ويرد عليه

الرهن على لدرك وعلى الصنحة، إذ لا دين هناك إلا أن يقل: هو رهن

لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الحق في الصنحة، والاستحقاق في المبيع؛ لثبوت

الدين حينئذ. وفيه تكيف، مع أن الثمن قد يبقى بحاله، فلا يكون ديناً.

**الأول :** الصيغة: ولا بد فيه من إيجاب كقوله: رهنتك ، أو هذا وثيقة عندك على كذا، أو ما أدى معناه من الألفاظ، وتكفي الإشارة مع العجز كالكتابة وشبهها. وقول كقوله: قبلت، أو ما يدل على الرضى.

**قوله :** (ولا بد فيه من إيجاب، كقوله: رهنتك ، أو هذا وثيقة).  
قال في التذكرة: الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاة، والاستيجاب والإيجاب عليه لمذكورة في البيع بحملته آت هنا<sup>(١)</sup>. ويشكل؛ بأن باب البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالإجماع بخلاف ما هـ، أما الاستيجاب والإيجاب فنعم.  
**قوله :** (وتكفي الإشارة مع العجز، كالكتابة وشبهها).  
لست الكتابة من أفراد الإشارة، فيكون ذكرها بالكاف للتشبيه في الحكم لا للتشثيل، واعتبر في التذكرة مع الكتابة الإشارة الدالة على الرضى، فلا تكفي الكتابة من دونها<sup>(٢)</sup>، وهو حق؛ لعدم العلم بثبوت القصد إلى الرهن؛ لإمكان العبث، أو إرادة أمر آخر.

**قوله :** (وقول، كقوله: قبلت، أو ما يدل على الرضى).  
مثل: رضيت ونحوه، ولا بد في الإيجاب والقول من كونها بلفظ الماضي؛ لأنه صريح في الإنشاء. ولعدم دليل الدال على ثبوت الرهن من دونه، صرح به في التذكرة<sup>(٣)</sup>.  
وكذا لا بد فيها من التطابق، ووقوع القول مع الإيجاب، بحيث يعد معه جزءاً، فلو تراخى أحدهما عن الآخر كثيراً لم يعتد به، قال في التذكرة: وهل يشترط في الصيغة اللفظ العربي؟ الأقرب لعدم<sup>(٤)</sup>.  
قلت: يشكل؛ بأن الإطلاق محمول على المتعارف من العربي، ولأن هذا من العقود اللازمة، فيتوقف لزومه على العربية؛ لأصالة عدم بدونه.

(١) التذكرة ٢: ١٢.

(٢) المصدر السابق

(٣) المصدر السابق.

(٤) التذكرة ٢: ١٢.

وهل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول؟ نظر، وشرط ما هو من قضايا الرهن كعلمه، كقوله: على أن يباع في الدين، أو يتقدم به على الغرماء.

ولو شرط ما ينافي العقد بطل كالمنع من بيعه في حقه. أما لو شرط في البيع إذن فلان، أو بكذا فالوجه الصحة. وكذا يصح لو شرط أن ينتفع به المرتهن، أو يكون الثمن المتجدد رهناً.

لا يقال: عموم (أوفوا بالعقود)<sup>(١)</sup> يبالي الاشتراط.

لأننا نقول: نمنع صدق العقد بالعجبة مع إمكان العربية.

قوله: (وهل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول؟ نظر). لا يخفى أنه لا بد من تصوير المسألة، بما إذا كان إيجاب الرهن عقيباً يباع البيع، بحيث لا يقع بينهما تراخ، يمنع كون أحدهما مع الآخر جزءاً للعقد؛ لا اشتراط وقوع أحدهما عقيب الآخر على الفور عادة.

ومحصل ما هنا: أن الواقع في عقد السع من الرضى بالرهن الذي دل عليه الاشتراط، هل يكون قبولاً معتبراً أم لا، باعتبار تقدمه على الإيجاب؟ ومنشأ النظر من: أصالة عدم اشتراط التأخر عن الإيجاب، ومن أن صحة الرهن موقوفة على حصول الصيغة المعتبرة شرعاً، والأصل عدم اعتبارها تقدم فيه القبول على الإيجاب، ولأن القبول عبارة عن الرضى بالإيجاب، فقبل حصول الإيجاب لا يتحقق الرضى به، إذ ليس ثمة شيء يرضى به، فالأصح عدم الاكتفاء به.

قوله: (أما لو شرط في البيع إذن فلان، أو يبيعه بكذا فالوجه الصحة).

أي: لو شرط في عقد الرهن أن لا يباع إلا بإذن فلان مثلاً، أو شرط أن لا يباع إلا بكذا، فإن الوجه عند المصنف لصحة؛ لعدم المناقاة لمقصود الرهن؛

ولو شرط عليه رهن في بيع فاسد، فظن اللزوم فـرهن، فله الرجوع.  
ويصح الرهن مفراً وحضراً، وهو عقد لازم من جهة الراهن  
خاصة، فإن أدى، أو أبرئ، أو أسقط لمرتهن حقه من الرهن كان له  
أخذه، ولا يجب على المرتهن دفعه مع خروجه عن الرهانة، إلا بعد المطالبة  
به، ويبقى أمانة في يده.

لأن الأول توكيد، وقد يتعلق بالثمن المقصود عرص رهن، وبدونه يحصل عليه  
صرر. ويحتمل العدم؛ لأن فلتاً قد لا يأتى، وثمن العين قد لا يسعه الرهن،  
فيتعذر أحد لدين من قيمته، فسمي مقصوده فيكون الشرط مافياً، والمسألة  
موضع تردد، والبطلان لا يحلو من قول

قوله: (ولو شرط عليه رهن في بيع فاسد، فظن اللزوم فـرهن، فله  
الرجوع).

وجه ذلك: أنه مساو لما سوباع من أنه على طى أنه حي، فبان ميتاً.  
وفيه نظر؛ لأن هذا غير قاصد إلى البيع، وإن مسألة لـرهن قاصد إلى الرهن. غاية  
ما في الباب أنه أوقعه على اعتقاد وحوه عيب؛ لكون سببه صحيحاً.  
ويحيى في بـصائره مثله، كما لو أبرئت دمة لزوح بظن صحة لطلاق،  
فتبين الفساد، أو وهب من واهبه بظن صحة الهبة لأولى، وإن قارن الثانية ما  
يقتضي البروم، وامثال ذلك.

قوله: (فإن أدى أو أبرئ ...).

أي: فإن أدى الراهن الدين، أو سراه المرتهن، أو سقط لمرتهن حقه من  
الرهن، فيكون (أبرئ) و(أسقط) قد تبارعا المرتهن.

قوله: (ولا يجب على المرتهن دفعه مع خروجه عن الرهانة، إلا بعد  
المطالبة).

وكذا كل حق كان ثبوته في اليد بدون شرعي كالمستأجر.



**الثاني : للحمل :** وشروطه أربعة: أن يكون عيناً، مملوكة، يصح قبضه للمرتين، ويمكن بيعه. فلا يصح رهن المنافع، ورهن المدير إبطال للتدبير على رأي، فلو شرط رهن الخدمة فيه بطل على رأي.

### قوله : (مملوكة...).

المتبادر من قوله: (مملوكة) مع قوله فيما بعد: (ولا ما لا يملك) كونها مملوكة للراهن، ويرد عليه المستعار، ولو أراد بذلك كونها مما يملك لم يكن لقوله: (ولا ما لا يملك، فيقف على الإحارة) وجه.  
فلا يصح رهن المنافع؛ لأن المطلوب بالرهن لا يحصل بها، اعني: التوثق؛ لأنها تستوفى شيئاً شيئاً، وكلما حصل منها شيء، عدم ما قبله والمطلوب الرهن، بحيث متى تعذر استيفاء الدين استوفى من قيمته.  
**قوله : (ورهن المدير إبطال للتدبير على رأي).**

هذه المسألة لا ارتباط لها برهن المنافع، إلا باعتبار ما بعدها. واعلم أن المخالف في ذلك الشيخ<sup>(١)</sup> وجاعة<sup>(٢)</sup>. ومضى القولين على أن التدبير عتق بصفة، فلا يبطل بالرجوع، أو وصية فيبطل به، والأصح الثاني. وإما كان الرهن رجوعاً؛ لأن مقصوده استيفاء الدين من قيمته، فهو مافٍ للوصية باعتبار مقصوده.  
**قوله : (فلو شرط رهن الخدمة فيه، بطل على رأي).**

أي: بناء على بطلان التدبير بالرهن لو شرط رهن الخدمة في المدير، سواء رهنه مع ذلك أم لا، بطل الشرط ولرهن، إلا أن بناءه على بطلان التدبير غير واضح، وإن كان الشيخ<sup>(٣)</sup> وجاعة قد حكوا بانصراف الرهن إلى خدمة المدير إذا رهنه نفسه، بناء على عدم بطلان تدبيره والحكم بصحة الرهن.

(١) البوط ٢: ٢١٣.

(٢) مهم: ابن ادريس في السرائر: ٢٦١.

(٣) البوط ٢: ٢١٣.

ولا رهن الدين، ولا ما لا يملك فيقف على الإجازة. ولو ضمه مع المملوك مضى فيه، ووقف الآخر على إجازة المالك .  
ولا رهن ما لا يصح تملكه كالخشرات، ولا ما لا يملكه المسلم إن كان أحدهما مسلماً كالخمر وإن كان المرتهن ذمياً أو الراهن عبداً لمسلم، وإن وضعها على يد ذمي على رأي.

ولا يقال: إن هذا متفرع عن قوله: (فلا يصح رهن المتافع)، لأن اختصاص هذا الفرد بالذكر لا وجه له، ولأن توسيط قوله: (ورهن المدبر...) يكون لغواً عرضاً.  
قوله: (ولا رهن الدين).

لأن مقصود الرهن لا يحصل به؛ لأن المراد الاستيثاق بما يرجع إلى قيمته عند الاحتياج إليه، وذلك إنما يكون في الأعيان، ولظاهر قوله تعالى: (فرهان مقبوضة)<sup>(١)</sup> وليس شأن الدين أن يكون مقبوضاً، إذ هو أمر كلي لا وجود له في الخارج.

وتعجب شيخنا الشهيد في الدروس<sup>(٢)</sup> من المصنف، حيث حكم بعدم صحة رهن الدين مع قوله: بأن القبض ليس شرطاً في الرهن، وتعجبه في غير موضعه؛ لأن قوله: بأن القبض غير شرط في تحقق عقد الرهن، والحكم بصحته لا ينافي اشتراط كون الرهن مما لا يقبض مثله، نظراً إلى أن مقصوده لا يحصل إلا بكونه مما يقبض، كما أرشدت إليه الآية الكريمة<sup>(٣)</sup>، وأحدهما غير الآخر، إذ الأول ناظر إلى الحكم بصحة الرهن من دونه، إذا كان المرهون مما يقبض، والثاني ناظر إلى أن ما لا يقبض مثله عادة لا يصح رهنه، وأين هذا من ذلك ؟

قوله: (وإن كان المرتهن ذمياً، أو الراهن عبداً لمسلم، وإن وضعها

(١) البقرة: ٢٨٣.

(٢) الدروس: ٣٩٧.

(٣) البقرة: ٢٨٣.

•• ..... جامع المقاصد / ج ٥

ولا الأرض المفتوحة عنوة، ويصح رهن الأبنية والأشجار فيها.  
ولا رهن الطير في الهواء، ولا السمك في الماء،

على يد ذمي على رأي).

عطف د(إن) الوصية بثنويه على اندرج هذه المسائل التي هي في محل الخفاء في إطلاق قوله: (ولا مالا يمكنه المسلم إن كان أحدهما مسلماً) فإن كون المرتهن ذمياً قد تتخيل بسببه صحة الرهن؛ لأن مقصوده عائد عليه. وليس كذلك؛ لأن الرهن إنما يصح إذا كان للرهن سلطة ملك على الرهن، أو ما في حكم ذلك كالاستعارة من غير ذلك وقد عرفت انتماء الأمرين. وكذا لو كان الراهن عبداً لمسلم، وهو ذمي، فإن يده يده مولا، وكذا لو وصع المسم الخمر على يد ذمي، لأن الذمي حسي وكيل المسم، فيده يده.

وفي بعض النسخ: (أو للرهن عند المسلم) يحذف الف الرهن وقراءة عند بالتون، لكن في هذه العبارة حينئذ قبح؛ إذ ليس هذا مردأ خفياً، فإن جعل الخمر مرهونة عند المسلم ليس أحسن ليحط على المحطوف د(إن).

ولو ضم إليه (وضمها على يد ذمي) لوجب إسقاط (إن) الأخرى، ولو أنه قال: وإن كان المرتهن ذمياً، أو الرهن عبد المسلم على يد ذمي، إلى آخره لكان أولى، والقائل بصحة الرهن للخمر عند المسلم إذا وضعت على يد ذمي هو الشيخ في الخلاف<sup>(١)</sup> والأصح خلافه.

وعبارة المصنف تحتمل رادة عود الرأي إلى جميع ما تقدم، وإلى الآخر خاصة.

قوله: (ولا رهن الطير في الهواء).

ينبغي أن يقال: إذا كان مملوكاً، ووثق بعوده عادة يصح رهنه.

قوله: (ولا السمك في الماء).

إذا كان غير مملوك، أو مملوكاً لا يقدر عليه، وإلا صح.

(١) الخلاف ٢: ٦٤ مسألة ٥٢ كتاب الرهن.

ولا العبد المسلم، أو المصحف عند الكافر، فإن وضعها على يد مسلم فالأقرب الجواز. وكذا يجوز رهن بحسنة عند الفاسق لكنه يكره. ولا رهن لوقف، ولا لمكاتب وإن كان مشروطاً،

قوله: (ولا العبد المسلم، أو المصحف عند الكافر، فإن وضعها على يد مسلم فالأقرب الجواز).

هذا هو الأصح، وأطلق في البيع النسخ؛ نظراً إلى أنه سبيل للكافر على المسلم. وفيه نظر؛ لأنه إذا لم يكن تحت يده فثمة يستحق الاستيفاء من قيمته ببيع المالك أو وكيله أو الحاكم، وذلك لا يعد سبيلاً بوجه من الوجوه، فإن هذا المقدار مستحق له وإن لم يكن هناك رهن، وثمرة الرهن الاختصاص بالاستيفاء من قيمته ببيع من له ذلك من دون تأثير الغريم.

قوله: (وكذا يجوز رهن الحسناء عند الفاسق، لكنه يكره).

رد بذلك على بعض العامة، المانع من الصحة؛ لا مع المحرمية<sup>(١)</sup>، ومثل الجارية الحسناء العلام.

قوله: (ولا رهن الوقف).

وإن بلغ مرتبة يجوز بيعه، إما لخلف بين أربابه، أو لغير ذلك؛ لأن ما يباع للخلف يشتري بثمنه ما يوقف، وما يباع للحاجة قد يتطرق إليه في وقت الاحتياج إلى بيعه للرهن عندها، فلا يكون مقصود الرهن حاصلاً.

قوله: (ولا المكاتب، وإن كان مشروطاً).

لأن الكتابة عقد لازم لا يمكن استيفاء الدين معها، فوكانت مشروطة، وعجز فهل يصح رهنه حينئذ؛ لأن سمالك نسخ، ويكون الرهن فسخاً؟ قال في التذكرة: الأقرب ذلك<sup>(٢)</sup> وما شبهه من تصرف ذي الخيار، وقد سبق صحته.

(١) قاله القاضي أبو الطيب، انظر: المجموع ١٣ : ٢٢١.

(٢) التذكرة ٢ : ٢٢.

وفي رهن أم الولد في ثمن رقبته مع اعسار المولى اشكال، ومع يساره اشكل،

وتكون ارادة العقد المستزم كونه معتمرة للفسخ فسحاً، اذا قارنها التصرف، وتكون مقارنة التصرف كاشفة عن تأثيرها الفسخ، ولا استبعاد في ذلك؛ صيانة للعقد الصادر من له هلية عن اللغو.

قوله: (وفي رهن أم الولد في ثمن رقبته مع اعسار المولى اشكال). ينشأ: من جواز بيعها فله رهن أول، ومن أن الرهن يقتضي جواز البيع عند العجز، أو امتناع الراهن من أداء بشروط البيع، والاستيلاد سبب مانع من البيع موجود حال الرهن.

والاعسار من ثمنها مانعته حال الرهن لا تقتضي بطلانها مطلقاً، بل الأصل عدم بطلان مانعته في وقت الاحتياج إلى بيعه؛ للشك في السبب، فلا يتحقق مقصود الرهن المطلوب منه، فيكون باطلاً.

فان قلت: فلا يجوز رهن المرتد عن فطرة والحائشي؛ لوجود السبب المانع من البيع في الجملة، فيكون كالاستيلاد، وسيأتي ما يقتضي جواره.

قلت: بيها فرق، فان الاستيلاد مانع من البيع، عية ما في الباب أن مانعته قد بطلت بالاعسار في ثمن أم الولد، فتبقى متحققة فيما عدا ذلك بخلاف الردة والجناية، فانها غير مانعين من بيع لبقاء الدالية.

غاية ما في الباب أن ذلك سبب لاستحقاق القتل والاسترقاق المانع من مقصود الرهن، وهذا غير موجود، ولا معلوم الوجود، فلا مانع حينئذ، بل المانع متوقع الوجود، فهو كرهن المريض، فانصح لعرق. وفي عدم جواز رهن أم الولد مطلقاً قوة.

قوله: (ومع يساره اشكل).

لامتناع البيع حينئذ، فيكون حور الرهن مع اليسار أبعد، ووجه الصحة أن الرهن ليس بيعاً، وقد لا يقضي إلى البيع، فلا يجب الحكم ببطلانه فيما لا يصح بيعه؛ لإمكان حصول الفائدة منه، وهي معنى التوثيق بوجه آخر، فان

وغير الثمن أشد اشكالاً.

ويصح رهن ذي الخيار لأيها كان،

المالك إذا صدر مجبوراً عليه في ماله، بحيث يبيع من نحو العتق مثلاً، كان ذلك سبباً باعثاً له على أداء الدين وزوال الحجر. ويصح؛ بأن المقصود لأصلي من الرهن استيفاء الدين من قيمته، فلا بد في رهن من صلاحيته لذلك؛ لأنه معرض لذلك، وإن كان قد يحصل الأداء بوجه آخر.

وقد بنى اشرح ولد المصنف هذه المسألة على أن صحة الرهن مشروطة بإمكان البيع بالقبض دائماً، أو مكانه في الجملة<sup>(١)</sup>، وفي هذا لساء للنظر. واعلم أن في بعض حواشي شهاب<sup>(٢)</sup> أن في قوله: (شكل) نظراً؛ لأن أفضل التفضيل لا يبي من رباعي؛ إلا ما شد لجوده<sup>(٣)</sup> اعطاء، قال: ولو قرئ بالفتح على أنه فعل ماضى لحار، لكنه يحوت المعنى، فثبت فيه مع هوأ المعنى سماحة العبارة، وحلوا عن حسن النظم. قوله: (وغير الثمن أشد اشكالاً).

إنما كان الحواز أشد اشكالا حينئذ لسبب عن الحوار باعتبار انتهاء كل من جزئي السبب، فانه مع بقاء أحدهم يكون قرب اليه؛ لتوقفه على حصول الجزء الآخر فقط.

بخلاف ما إذا لم يكن واحد منها موحوداً، فانه يتوقف على وجودهما معاً، والأصح عدم الحواز مطلقاً، وقول ابن حبيب بجور رهن أم بولد مطلقاً ضعيف<sup>(٤)</sup>.

قوله: (ويصح رهن ذي الخيار لأيها كان).

يمكن أن يكون المصدر مضارعاً إلى معموله، والمعنى: يصح رهن من فيه الخيار لأي المتعاقدين كان الخيار له، فيكون الخيار متعلقاً به (يصح)، أي: يصح ذلك لكل من ثبت له لخيار منها، فيكون المحرور في خبر (كان) هو لعائد. وفيه

(١) إصباح سوائد ٢: ١٢.

(٢) نقله عنه في المختلف: ٤٢٢.

ورهن الأم دون ولدها الصغير وإن حرمتا التفرقة، وحينئذ إما أن يبيع الأم خاصة ويقال: تفرقة ضرورية،

تكلف؛ لأن ذا الخيار هو صاحبه، فيكون المصدر مضافاً إلى فاعله، أي: يصح رهن صاحب الخيار بما فيه الخيار، ومتعلق الخيار في (لأيهما) محذوف، والخبر والجزء في موضع الوصل، و(كذب) فيه ناقصة، وهي صلة الموصول. والتقدير: وإن كان الخيار لأي المتعاقدين كان له.

ويمكن أن يكون متعلق بجار محذوفاً، على أنه حال من الخيار، والتقدير: ويصح رهن ذي الخيار ثانياً لأيهما كان الخيار له، والعائد في الموضعين هو الضمير المحرور في الخبر.

ولا يجوز أن تكون (كان) تامة لا يخلو بين الموصول بغير عائد، سواء كان للبائع أم للمشتري، فإن كان صاحب الخيار النافع فرسه يعد مسحاً على المتح، وإن كان المشتري كان أجازة.

وفي الدروس، سند الحكم في ذلك إلى الفاضلين، ولم يفت بشيء<sup>(١)</sup>. أما رهن المشتري في مدة خبر لبائع فيسمى أن يكون كيبه، وقد سبق عدم صحته من دون الإجازة.

قوله: (ورهن الأم من دون ولدها الصغير وإن حرمتا التفرقة).

لأن الرهن لا يعد تفرقة، نعم لو قلنا يجوز بيعها منفردة بعد الرهن احتمال عدم حوازي إفرادها بالرهن؛ لأن ذلك يعضي إلى التفرقة المحرمة.

قوله: (وحيث أن يبيع الأم خاصة، ويقال: تفرقة ضرورية).

أي: وحين رهن منفردة لحوازه إما أن يبيع المرتهن بإذن الراهن، أو تكون قراءته بالون، على معنى: نحر نبيع - أي: تأمر بالبيع على حد: (أو نقول: يباعان) - الأم خاصة.

ولا مانع من التفرقة حينئذ، لأننا ليست مستندة إلى اختيار الراهن، بل

أو نقول: يباعان ثم يختص المرتن بقيمة الأم فتقوم منفردة، فإذا قيل: مائة، ومنظمة يقال: مائة وعشرون، فقيمة الولد السدس. ويحتمل تقدير قيمة الولد منفرداً حتى تقل قيمته، فإذا قيل: عشرة فهو جزء من أحد عشر.

هي ضرورة سبب الرهن. وفيه نظر؛ لأن الرهن اقتضى بيعها، لا بيعها منفردة، والتفرقة محرمة بالعرض، فيجب بيع الولد معها، إذ لا ضرورة حيث إلى التفرقة، فيكون استحقاق بيعها مستنداً إلى الرهن، ووجوب بيع الولد مستنداً إلى تحريم التفرقة.

قوله: (أو نقول: يباعان، ثم يختص المرتن بقيمة الأم).

وحده يظهر عما سبق، وهو أقوى.

قوله: (فتقوم منفردة) كذاً قبل: مائة، ومنظمة يقال: مائة وعشرون، فقيمة الولد السدس).

أي: بقاء على بيعها معاً، وخصائص المرتن بقيمة الأم إنما يختص بقيمتها منفردة؛ لأن استحقاقه المتعلق بها مستند إلى رهنها، وليس له تعلق بولدها، فيجب أن تقوم منفردة عن ولدها ليوفى الحق بثابت له بالرهن، فتتظر قيمتها منفردة، وقيمتها مع الولد، فإدعى على قيمتها حال الانفراق يكون للرهن، والقيمة للمرتن.

واعلم أن تقدير عبارة الكتاب: فإذا قيل: قيمتها منفردة مائة، وقيمتها منظمة مائة وعشرون إلى آخره، فحذف منفردة للدلالة منصفة عليه، ولأن قوله: (فتقوم منفردة) يرشد إليه أيضاً.

لكن في العبارة مناقشة؛ لأن مائة وعشرون ليست قيمتها منظمة، أي: حال الانضمام، بل قيمتها وقيمة الولد معاً، وبما قيمتها منظمة من ذلك مائة وتسعة وجرء من أحد عشر جزءاً من درهم، فتسامع في العبارة.

قوله: (ويحتمل تقدير قيمة الولد منفرداً حتى تقل قيمته، فإذا قيل: عشرة، فهو جزء من أحد عشر).



## فروع :

أ: يصح رهن المشاع أو بعضه على الشريك وغيره،

وجه هذا الاحتمال: أن لزيادة خاصة بالضميمة مستندة إلى كل من الأم والولد، فيجب تقسيطها على قيمتها. وفيه نظر؛ لأن الزيادة وإن استندت إلى كل منها، لكن لا حق للمرتين فيها؛ لأنه إنما يستحق قيمة الرهن، وهو الأم في حال انفرادها.

فإن قيل: هو يستحق قيمة الأم باعتبار كونها مرهونة، فإذا رادت بالضميمة لم تخرج الزيادة عن كونها قيمة.

قلت: هو لا يستحق قيمة الأم مطلقاً، بل قيمتها على حال تعلق الرهن بها، وإنما تعلق بها منفردة، فالزيادة الخاصة بالضميمة لمالكها؛ لأنها زيادة م يتعلق الرهن بها.

فإن قيل: وصف الانفراد هو حالها في وقت تعلق الرهن بها، وليس معتبراً في تعلقه بها، فلا يكون معسراً في تحقق قيمتها حال الانضمام.

قلنا: بل يجب اعتباره؛ لأن الزيادة حاصلة بسبب الانضمام الذي لا حق للمرتين فيه، وإنما هو مختص بالراهن.

فإن قيل: هو كما لو ضمه كل من الشخصين ماله إلى مال الآخر، فحصل بسبب الضميمة زيادة في القيمة كما في مصراعي باب، فإن الزيادة لهما.

قلنا: والفرق أن لما بين شخصين، وفي محل النزاع الأمة والولد لشخص واحد، واستحقاق المرتين في الأمة إنما هو في حال الوصف الذي لا يقتضي زيادة القيمة، فتكون الزيادة في مال المالك - أعني: الراهن - حاصلة له إذا لم يتعلق بها حق المرتين، وهذا هو الأصح.

## فرع :

لو نقصت قيمة الأم مع اضمميمة عن حال الانفراد لم يدخل النقص على المرتين؛ لاستحقاقه قيمتها مفردة، و لضميمة حق وحب على الراهن. قوله: (يصح رهن لمشاع أو بعضه على الشريك وغيره).

ويكون على المهاداة كالشركاء.

ب: يصح رهن المرتد وإن كان عن فطرة على اشكال، والجاني عمداً وخطأ، ولا تبطل الحقوق بل تقدم على الرهن،

أي: يصح رهن اجراء المشاع الى آخره. ويكون قصده بقصر المجموع، وحالف أبوحنيفة في الصحة<sup>(١)</sup>.

قوله: (ويكون على المهاداة كالشركاء).

أي: ويكون ذلك الجزء، أو يكون رهن ذلك الجزء واقعاً على المهاداة بين المرتهن والشركاء بالنسبة الى القصر، وكونه تحت اليد وذلك كالشركاء، أي: كمهاداة الشركاء، فكما يكون للمالك الربع ربع الزمان الذي حصل للمهاداة، كيوم من أربعة يستفيع بالمشارك فيه، يكون بمرتهن اثبات اليد عنه كذلك، فتكون المهاداة فيه ناسئة الى المرتهن مع الشركاء لإثبات اليد، ولا متع في ذلك.

قوله: (يصح رهن المرتد وإن كان عن فطرة على اشكال).

الظاهر أن الاشكال في المرتد عن فطرة مع احتمال تعلقه بها، ومشوؤه من جوار بيعه فيجوز رهنه بطريق أولى، ومن أن مقصود البيع حاصل، وأما مقصود الرهن فقد لا يحصل لقتل العطري حتماً، والآخرة لا يتوب.

وم ذكره في حكم أم الولد من التوجيه يظهر أن الأقوى هنا الجواز، ومثله الجاني، وعبارة المصنف فيه تحتمل ارادة محيى الاشكال فيها.

فائدة: الردة الفطرية من المرأة كغيره، فلا بد من استثنائها من طلاق المرتد عن فطرة إن حصصنا الاشكال فيه.

قوله: (ولا تبطل الحقوق، بل تقدم على المرتهن).

في بعض النسخ: بل تقدم على الرهن، ووجه حسن ما هنا، أن ضمير (كان، وعلم، وتخبر) في الكلام الذي بعده لا مرجع له إلا المرتهن، نعم لا بد من

فإن كان عالماً بالعيب، أو تاب، أو فداء مولاه ثم علم فلا خيار؛ لزوال العيب، وإلا تخير في فسخ البيع المشروط به؛ لأن الشرط اقتضاه سليماً، فإن اختار إمساكه فليس له أرش، وكذا لا أرش لو قتل قبل علمه.

تقدير شيء هنا، وهو: بل تقدم على حق المرتن.

قوله: (فإن كان عالماً بالعيب أو تاب، أو فداء مولاه، ثم علم فلا خيار لزوال العيب).

أي: وإن كان مرتن عالماً بالعيب في المرتن والحاسي فلا خيار له، وهو ظاهر، وكذا إن تاب المرتن حيث تقبل ثمنه، أو عدى الخاني مولاه، ولم يكن عالماً بعيه، ثم علم فلا خيار لزوال العيب.

ولا يجوز أن تقول: (لزوال العيب) لا يصح تعيلاً لسقوط الخيار في المسائل الثلاث؛ لعدم صحته في الأول، وهو معوم  
قوله: (وإلا تخير في فسخ البيع المشروط به، لأن الشرط اقتضاه سليماً).

أي: وإن لم يعلم بالعيب، ولا حصلت التوبة، ولا العدء تخير المرتن في فسخ المشروط به، أي: بذلك الرهن؛ لأن الشرط اقتضى (رهنه) سليماً؛ لتبريل الإطلاق على السلامة.

قوله: (فإن اختار إمساكه فليس له أرش).

لأن الأرض لفائت المبيع بمحصل العيب فيه.

فإن قيل: لما اقتضى الشرط رهنه سليماً وحب أن يبدل أرش الفائت؛

ليجعله رهناً.

قلنا: إنما وجب بالشرط رهن العبد، وقد حصل، وكونه معيباً لا

يقتضي اشتراط رهن شيء آخر.

قوله: (وكذا لا أرش لو قتل قبل علمه).

لنحو ما قلناه، ولو قتل بعده فبطريق أولى.

ولا يجبر السيد على فداء اجناني وإن رهنه أو باعه، بل يتسلط  
للمجنني عليه، فإن استوعب الأرض القيمة بطل الرهن، وإلا ففي  
المقابل.

ج: لو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الأجل، فإن شرط بيعه  
وجعل الثمن رهناً صح، وإن شرط منعه بطل، وإن أطلق فالأقرب  
الجواز، فيباع ويحل الثمن رهناً،

قوله: (ولا يجبر السيد على فداء اجناني وإن رهنه أو باعه).  
هذه المسألة استصراكية، وليست من تنوع المسألة السابقة؛ بدليل قوله:  
(وإن رهنه) وهي من أحكام الخنايا.  
قوله: (بل يتسلط للمجنني عليه)؛  
كان حقه: بل يتسلط للمجنني عليه عليه بتكرير عليه، وكأنه كره التكرار،  
فاكتفى بواحدة.

قوله: (وإلا ففي المقابل).  
أي. وإن لم يستوعب الأرض القيمة، فيبطل الرهن في مقابل لأرض.  
قوله: (لو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الأجل، فإن شرط بيعه،  
وجعل الثمن رهناً صح، وإن شرط منعه بطل).  
وجه الأول. أنه شرط يحصل معه مقصود في رهن فيصح، بخلاف  
الثاني فإنه لمافاته مقصود رهن العين يبطل.

قوله: (وإن أطلق فالأقرب اجواز، فيباع، ويحل الثمن رهناً).  
وجه القرب: أن المقصود من رهن العين إنما يتحقق على هذا التقدير،  
فيجب المصير به؛ صيانة لتصرفات من له اهلية تصرف عن الفساد، مع إمكان  
تنزيلها على وجه يصح معه من غير احتياج إلى تركاب الحاز، أو حمل على ما لا  
يدل عليه العقد، فإن عقد الرهن يتضمن الاذن في البيع؛ لأن الغرض الأصلي  
من الرهن استيفاء الدين من ثمنه. ويحتمل عدم؛ لاقتضائه البيع قبل الحل،

ولو طراً ما عرضه للفساد فكذلك .

د: لو نذر العتق عند شرط فضي صحة رهنه قبله نظراً.

وليس هو من مقتضيات الرهن.

قوله: (ولو طراً ما عرضه للفساد فكذلك).

وجهه: أن الرهن قد صح ولزم، فلا يفسد بطريق ما عرضه للفساد، والفرق بينه وبين ما سبق: أن المقتضي لطوره الفساد في الأول موجود وقت الرهن، وفي الثاني طارئ بعده:

قوله: (لو نذر العتق عند شرط فضي صحة رهنه قبله نظراً).

يشأ من بقاء الملك لجهته لم يخرج بالندر عن كونه مملوكاً، ومن أن المقصود بالرهن عبرة حاصل؛ لأن حصول الشرط المقتضي لخروجه عن الملك مترقب، فيسعى مقصود ارهانه فيكون باطلاً

ويستتف: أن توقع خروجه عن الملك بسبب يتحدد لا يمنع صحة الرهن، كما لو رهن مريضاً؛ لأن المعتري صحة الرهن استجماع شروطه حال العقد، ولا أثر لما لم يكن تحدده من المتأقيات.

بل التحقيق: بناء مسألة على أن نذر أن يفعل فعلاً عند شرط أو غداء هل يحث بفعل ما ينفي ذلك قبل العدة. كما لو نذر أو حلف ليأكل هذا الطعام عدداً مثلاً، هل يحث بالتلافه الآن فيكون ذلك محرماً، ويلزم به الكفارة أم لا؟

للأصحاب في ذلك قولان<sup>(١)</sup>، ووجه انثناء هذه المسألة على ذلك، أنه على تقدير الخنث يكون بيع العبد ممنوعاً منه، فيمتنع الرهن لانتهاء مقصود الوثيقة حينئذ. وعلى العدم لا أثر للمنافي الذي تجده ممكن، ولا ريب أن الأحوط القول بعدم لصحة.

(١) قال بالحنث الشيخ في المبسوط ٦. ٢٢٨، ويحسب من سعيد في الجامع للشرائع، ٢٢١. وأما القول بعدم الخنث فقد تميمه السيد العبدلي في مفتاح لكرمة ١٥ ٩٤ إلى بعض الأصحاب.

هـ: لو رهن عصيراً فصار خيراً في يد المُرتهن زال الملك ، فإن أُريق بطل الرهن ، ولا يتخير المُرتهن لحصول التلف في يده ، فإن عاد خلاً عاد الملك والرهن .

ولو استحال قبل القبض تخير المُرتهن في البيع المشروط فيه ،

قوله : ( لو رهن عصيراً ، فصار خيراً في يد المُرتهن زال الملك ، فإن أُريق بطل الرهن ) .

لا يفتق أن زوال الملك لا يقتضي روبا جميع آثاره ، فتبقى الأولوية ؛ لأن استبقاء الخمر للتخليل ، والتخليل جائز اتفاقاً فيبطل كونه رهناً ، لا على معنى اضمحلال أثره بالكلية ، بل علاقته بقية لبقاء الأولوية . ففي الحقيقة ، الملك والرهن موجودان بالقوة القريبة ، لأن تخلفه متوقع ، وإما الرهن كونه موكا ورهناً بالفعل ، لوجود الخمرية المساقية لذلك ، فإن أُريق بطل الرهن لغوات محله . وفي العبارة لطبعة ، حيث قال : ( راب الملك بما اذا صار خيراً ) ولم يقل بطل الرهن . ومع الازافة حكم بطلان رهن ، ايذاناً بأن أثر الرهن لا يصححل بالتخمر بالكلية ، كما حققناه .

قوله : ( ولا يتخير المُرتهن لحصول تلف في يده ) .

المفهوم من هذه العبارة : أن المُرتهن د اشترى أو باع بشرط رهن له ، فعرض للرهن التخمر في يده لا خيار له في فسخ ذلك البيع المشروط به ، بدليل ما سيأتي في العبارة .

لكن ما ذكره من التعليل غير جيد ؛ لأن مقتضاه : أنه لو تلف في يد الراهن يتخيري البيع ، وليس كذلك ، غاية ما في الباب : أنه لو عرض ذلك قبل القبض ، وقلنا بأن القبض شرط لصحة الرهن أثر ، وإلا فلا .

قوله : ( فإن عاد خلاً عاد الملك والرهن ) .

توجيهه معلوم بما سبق .

قوله : ( ولو استحال قبل القبض ، تخير المُرتهن في البيع المشروط

فإن عاد خلاً تعلق حق المرتهن به إن لم نشترط القبض في الرهن.

ولو جمع خراً مرقاً فتخلل في يده ملكه، ولو غصب خراً فتخلل في يده فالأقرب أنه كذلك. أما لو غصبه عَصيراً فصار خراً في يده ثم تخلل فإنه يرجع إلى مالكه.

ينبغي أن يكون هذا منزلاً على لقول باشتراط القبض في الرهن، أما على القول بعدم اشتراطه فلا وجه له، وبمثل ذلك صرح في التحرير قال: لو رهنه عَصيراً، فصار خراً قبل القبض بطل الرهن، ولا خيار للمرتهن في البيع إندي شرط فيه ارتبائه عندنا، ومن شرط القبض اثبت الخيار<sup>(١)</sup>. وعبارة التذكرة قريبة مما هنا<sup>(٢)</sup>.

قوله: (فإن عاد خلاً تعلق حق المرتهن إن لم يشترط القبض في الرهن).

لأن الرهن قد تم، لعدم توقف تمامه على القبض، ولم يبطل بالكنية بمجرد صيرورته خراً كما عرفت.

قوله: (ولو جمع خراً مرقاً، فتخلل في يده ملكه).

لأن الأولوية تزول بالإراقة، كما لو زال أولويته في تحجير الأرض، وبحود ذلك، فكل من حازه كان أحق به، فإذا تخلل في يده ملكه.

قوله: (ولو غصب خراً، فتخلل في يده فالأقرب أنه كذلك).

وجه القرب: زوال ملك الأول عنها، فيكون لصاحب اليد كسائر المباحات، ويحتمل عود ملك أي المنصوب منه، فإن له حقاً، وهو إثبات اليد عليها.

والتحقيق: أن الخمر قسمان:

(١) تحرير الأحكام ١: ٢٠٣.

(٢) التذكرة ٢: ١٩.

و: يجوز أن يستعير مالا لبرهنه، فيذكر قدر الدين، وجنسه،  
ومدة الرهن.

محترمة: وهي التي اتخذت للتخيل، فان ابقدها لذلك جائر بهجاً،  
ولأنه لولا احترامها لأدى ذلك الى تعذر اتخاذ الخلل، لأن العصور لا ينقلب الى  
الحموضة إلا بمتوسط الشدة، ولولم تحترم، وريقت في تلك الحالة لتعذر اتخاذ  
الخلل، فهذه لو غصها غاصب يأثم، ويحب عيبه ردها، وبالتخييل يضمن المثل لو  
نمت.

وعبر المحترمة: ما اتخذت لعرض الحصرية. فاقرب المصنف صحيح في  
القسم الثاني، دون الأول.  
واعلم: أن تأنيث الحمر سمعني، فاصحاح الواقعة في العبارة مذكورة  
عائدة اليها حقها أن تكون مؤنثة. وفي بعض النسخ (فتحت) وهو احوال. لكن  
يجب في الباقي التأنيث أيضاً.  
قوله: (يجوز أن يستعير مالا لبرهنه، فيذكر قدر الدين وجنسه ومدة  
الرهن).

ظاهر هذه العبارة: أن هذا على طريق وجوب، فلا يكون الرهن صحيحاً  
بدونه، وإن كان ظاهر قوله فيما بعد: (ولولم يعين تحير الراهن...) الخالفة.  
ويبعد أن يقال: أن التعمين واجب، ولو أحل به تخير، تمسكاً بظاهر  
الإطلاق، ويكون حملاً بين الكلامين، منه جمع غير واضح.  
وفي التذكرة صرح بأن الأقوى وجوب تعيين قدر الدين، وجنسه،  
وصفته، في الحلول والتأجيل، وغيرهما، مستنداً بلزوم التفرير بذلك بدونه،  
لاحتمال أن يرهن ماله على اضماف قيمته، ولي مدة تزيد على عمره، ولا غرر  
اعظم من ذلك (١).

وفي الدروس ذهب الى عدم وجوب تعيين إن جعلناه عارية (٢).

(١) التذكرة ٢: ١٥.

(٢) الدروس. ٣٩٧.



فإن خالف فللمالك فسخه، وإلا فلا.

ولورهن على أقل صح، وعلى أكثر يحتمل البطلان مطلقاً، وفيما

زاد.

والأصح ما في التذكرة؛ لأنه مع لزوم لا فرق بين كونه عارية وضماناً. وهل يجب تعيين من يره عنده؟ حكى في التذكرة عن العامة خلافاً في ذلك<sup>(١)</sup>، ولم يفت بشيء. ولا بأس بوجوب تعيينه، لما في ذلك من التفاوت المقتضي إلى حصول الضرر.

قوله: (فإن خالف فللمالك فسخه، وإلا فلا).

لكونه حينئذ تصرفاً فضولياً.

قوله: (ولورهن على أقل صح).

لثبوت الإذن في الأقل بطريق أولي.

قوله: (وعلى أكثر يحتمل البطلان مطلقاً، وفيما زاد)<sup>(٢)</sup>.

ووجه الأول: أنه تصرف غير مأذون فيه، ووجه الثاني: أنه الذي لم

يؤذن فيه، فاشبهه بالوجع ما بين رهن المأذون وغيره. وكل من الوجهين محتمل.

ولا يخفى أن المراد بالبطلان: عدم النزوم، بدليل ما سبق، فيما لو خالف

المأذون فيه. ويجب أن يستثنى من هذه المسألة مالورهنه بالزائد، وبكل جزء منه

فانه رهن بالمقدار المأذون فيه على وفق الإذن، والزائد موقوف. ويكون موضع

الوجهين ما إذا رهنه بمجموع الرائد فقط.

ويشكل على الصحة: أنا إذا حكمتا بتقسيم الأجزاء على الأجزاء، يكون

(١) فتح التحرير (مع المجموع) ١٩٠: ٢٢-٢٣، الوجيز ١: ١٦١.

(٢) «النتيجة أنه إن رهن على الأكثر وعلى كل جزء منه فصح في المأذون فيه ويظل في الزائد وجهاً واحداً، وإن رهن على الأكثر مقتصرأ على ذلك فلتصح البطلان مطلقاً؛ لاستنزامه رهن البعض بالمقدار المأذون فيه فلا يكون مأذوناً فيه إلا المأذون فيه رهن المجموع بالمقدار لمعين لا بعينه. ولا يخفى أن المراد بالبطلان في عبارة انقوف على الإحالة بدليل ما سبق في قوله: (فإن خالف فللمالك فسخه)». هكذا ورد في نسخة «م»، والنظائر أب هاشم أدخل في المتن لإجماع المحققين مع ما يعللها.

ولولم يعين تخير الراهن في رهنه بما شاء، عند من شاء، الى أي وقت شاء. وللمالك مطالبته بالفك عند الحلول، وقبله على اشكال.

بعضه رهنا بالمأذون فيه، فيكون خلاف الاذن؛ لأن الاذن يقتضي رهن مجموعه بالمأذون فيه من الدين المعين.

ولا يقال: يصح بطريق أولى؛ لأنه إذ رضي برهن جميعه بالكل، قلن يرض برهن بعضه بالكل أولى. وليس بحيد؛ لأن الأولوية غير معلومة، ولأن فيه تشقيصاً يثبت به العيب بالشركة.

قوله: (ولولم يعين، تخير الراهن في رهنه بما شاء، عند من شاء، الى أي وقت شاء).

إن سوغ له الرهن كيف شاء، فلا يثبت في استعمال ذلك الى اختياره. وإن أطلق الرهن، ولم يعرض اليه، فعلى وجوب التعيين، المتعده توقف صحته على استصحاب على شيء مخصوصه، أو تمويض ذلك الى اختياره.

قوله: (وللمالك مطالبته بالفك عند الحلول).

لأن العارية وإن لزمّت بالسببة الى الرهن، لكن لزومها غير مانع من المطالبة بالملك بعد الحلول؛ إذ لا دليل على انقضاء ذلك، والاستصحاب يقتضي بقاءه.

قوله: (وقبله إشكال).

أي: وقبل الحلول، ومنشأ الإشكال: البناء على أنه عارية، فيثبت الرجوع فيه متى شاء، أو ضمان دين في عين خاصة من غير تعلق بالثمن. والتحقيق: أنه عارية لازمة، لأن لاذن في عقد لازم يوجب على الآذن الوفاء به. ولا استبعاد في أفراد هذا القسم من العارية باللزم عن معظم أقسامها، كما في الاعارة للدفن، لتحريم النيش بعده. فعلى اللزوم ليس له المطالبة قبل الأجل، لمنافاته مقتضى الرهن بالمأذون فيه، وعلى العدم يثبت، والأول أصح.

وللمرتين البيع لو لم يقبضه الغريم، فيرجع المالك على الراهن بالأكثر من القيمة وما بيعت به، وللمالك الرجوع في الاذن قبل العقد، وبعده قبل القبض إن جعلنا القبض شرطاً.

قوله: (وللمرتين البيع لو لم يقبضه الغريم).

لأن ذلك مقتضى الرهن المأذون فيه.

قوله: (فيرجع المالك على لراهن بالأكثر من القيمة وما بيعت به).

لأنه معصوم عليه، فإن كان الأكثر قيمته استحقها المالك، لأن بيعه ناقص من القيمة كان لأجل مصدحة الرهن في وفاة دينه. وإن كان ما بيعت به أكثر استحقه، لأنه ثمن ملكه، لأن العين باقية عن صمكه الى زمان البيع، وهنا اشكالان:

أ: ان القيمة هي ما تقتضي لرغبات بذلها في مقابل العين، باعتار الزمان والمكان، فلا تتصور زيادة الثمن على القيمة، ولا نقصانه عنها في الفرض المذكور، لوجوب استقصاء ذوي الرغبات في وقت البيع، لأنه مال الغير.  
ب: ان البيع إن كان برضى المالك لم يستحق إلا الثمن، وإلا كان باطلاً.

والجواب عن الأول: أن القيمة هي ما يليق بالمال في الزمان والمكان عند ذوي الرغبات، وإن كان قد يعرض لهم في ذلك الوقت ما قد يمنع من ارادة الشراء الموجب لقلة الطلب، فيحل ذلك ببلوغ القيمة اللائقة.

وعن الثاني: أن خصوص ذلك البيع ليس برضى المالك؛ لأنه قد صار حقاً لازماً بإذنه الأول حتى لو صرح بعدم الرضى لم يعتد به، فيجب حينئذ أن يضمن له كمال حقه حذراً من الضرر.

ولا يخفى أن ضمان القيمة، حيث يكون الثمن أقل منها، إنما هو في القيمي، فلو كان أقل منها في المثلي فالضمان بالمثل.

ولو تلف في يد المرتهن فالأقرب سقوط الضمان عنه،

قوله: (ولو تلف في يد المرتهن فالأقرب سقوط الضمان).

لأنه أمين، قد اشرح عند الدين: إن مراده: لو تلف الرهن المستعار في يد المرتهن فأقرب لوجهين: أنه لا ضمان على المرتهن؛ لأنه أمين لا يضمن إلا بالتفريط. وضمها الضمان؛ لأن العارية برهن مصمومة، ويد المرتهن مرتبة على يد الراهن المستعير، وهي يد ضمان، فتكون لمرتبة كذلك.

والشارح ولد لمصنف قال: إن مسألة موضع اشتباه، وحكى عن لمصنف رحمه الله في لدرس في تحقيقها: أنها متفرقة على قوله: (وللمالك مطالبته بالملك عند الحلول وقبله اشكال)<sup>(١)</sup>

فما بعد الحلول، فإن الراهن اذ كان مؤسراً بالدين، فليملك الزامه بالإفكالك. فإذا جعساء عارية، أو عليه عليه العارية، فهي صحة لرجوع فيه قبل الإفكالك وجهان: الثماتنا الى أن العارية منية على الحوار، وإن ابتداء عقد لازم عليها اقتضى اللزوم بالعارض.

فإن قلنا صحة الرجوع، فهل له مصابة المرتهن - على معنى أن يلزم المرتهن لمديون بالدين، أو برهن آخر، فيضمن بعد المطالبة له من المالك، وإهمان مطالبته الراهن، وإمساك الرهن لي أن تلف - أو لا؟ وجهان: أقربها الثاني عند المصنف، لأنه اذن في عقد لازم يلزم.

ولك أن تقول: إن كان هذا حكم ميباً على أن له لرجوع، وتجب على المرتهن المطالبة بالمال أو الدين، وإن الأقرب الضمان؛ لأن يده عادية حينئذ. وإن كان ميباً على أنه ليس له ذلك فلا وجه؛ لاحتمال الضمان على هذا تقدير الخاص أصلاً، فلا معنى لتحصيله بترتب الحكم المذكور عليه.

وأما قبل الحلول، فعلى تقدير أن يدفع الراهن، هل يجب على المرتهن قبول، أم لا؟ وجهان: أصحها عدم، فمن الوجوب إذا لم يأخذ المرتهن وتلف في يده يضمن، وعلى العدم لا ضمان.

وفي هذا نظر، لعدم مطابقة ذلك للعبارة، فإن الذي فيها: أن الأقرب عدم الضمان مع احتماله، فلا بد من فرض المسألة في موضع يحتمل الضمان احتمالاً مرجوحاً.

إلا أن يقال في الموضعين: بناء الأقرب على ثبوت الرجوع، ووجوب المطالبة في الأولى، ووجوب قبول المبدل في الثانية، ومقابله على عدمه. وهنا كلامان:

أ: أنه اطلق وجوب القبول على المرتن، فإن أراد تعميم الحكم في وجوب قبول عوض الرهن والدين فليس بجهد، لأن الدين قبل الأجل لا يحب قبوله بدون الرهن، فكيف يتصور وجوبه مع الرهن.

وإن أراد وجوب قبول عوض الرهن فيسبغ تفريعاً على كونها عارية جائزة وجوب القبول، بل حواز الرجوع يثبت بجناً، وعلى اللزوم لا يجب بحال.

ب: تخصيص الحكم بما إذا دفع الراهن لا وجه له؛ لأنه إن حكم بكون العارية هنا جائزة فالجواز على كل حال، أو لازمة فاللزم على كل حال، فلا وجه لما ذكره.

ثم حكى عن المصنف توجيهاً آخر لمسألة، وهو: أنه على القول بكونها عارية جائزة لا يبطل الرهن بالرجوع، ولا يجوز للمرتن امساك العين، بل يجعلها بقول الحاكم، أو ساقطتها عند عدل ينصبه الحاكم لقبضها، فإن لم يفعل المرتن كان ضامناً<sup>(١)</sup>.

ولا يحق أن توجيه العبارة على هذا التقدير يحتاج إلى تكلف بناء المسألة على أن العارية للرهن جائزة أو لازمة.

وأعلم أن في العبارة من أولها اشكالاً، فإن قوله أولاً: (فإن خالف فللمالك فسخه، وإلا فلا) يقتضي أن تكون العارية للرهن لازمة من غير توقف. وقوله بعد: (وقبله اشكال) يقتضي التردد في كونها لازمة، إلا أن يعتذر بأنه كما

(١) حكاه ولد المصنف في إيضاح العقود ٢: ١٧.

ويضمنه المستعير وإن لم يفرط بقيمته. وكذا إن تعذر إعادته، ولو لم يرهن ففي الضمان اشكال.

لو قال: أدنت لي في رهنه بعشرة، فقل: بن بخمسة قدم قول المالك مع اليمين.  
ح: لا يصح رهن المجهول.

يحتمل ذلك، يحتمل فرص المسألة في إذا بن الرهن قبول الدين أو أجل، فلا يلزم تفريع الاشكال على التردد في روم العارية وجوارها.

إلا أن هذا خلاف ظاهر العبارة، وارتكابه لا يحلو من تعسف، ومع ذلك فساء كون الأقرب عدم صحت الرهن، على أن الأقرب لروم هذه لعارية، والصحة على عدم اللزوم فيه من التعسف لا يحل؛ لأن ظاهر السياق يقتضي بناء الحكم في لأقرب، ومقابلة على اللزوم تؤدي إلى وجه الجرم. وفيه مع لاحتياج في بناء مقابل لأقرب على ما لا تشعر به لعبارة أصلاً، فما ذكره الشارح عميد الدين أولى من من عن مصنف.

قوله: (ويضمنه المستعير وإن لم يفرط بقيمته).

لأنها عارية أفضت إلى الإتلاف بسبب لزومها، فيجمع بين مقتضى العارية من وجوب الرد، وأفضائها إلى التلف بوجوب ضمان العوض. ولا يخفى أن الضمان بالقيمة إما هو في القيمي، لا في النشي.

قوله: (ولو لم يرهن ففي الضمان اشكال).

أي: لو تلف المستعار للرهن، في يد الراهن، قبل الرهن. ومشؤه: من أن المقتضي لضمان رهنه في الدين؛ لأن بصرية مطلقها أمانة، ولم يحصل. ومن أن القبض لذلك، فهو قبض ضمان، فيكون المقتضي للضمان هو لقبض لذلك، لا لرهن في الدين، كالمقبوض بالسوم، وهو لأصح.

قوله: (لا يصح رهن المجهول).

نرد به. المجهول جهالة تمتع من توجه القصد إليه، كشاة من قطع

ط: لو غصب عيناً ثم باعها، أو رهنها، أو وهبها، أو آجرها ثم ظهر مصادفة التصرف المثلث بميراث، أو شراء وكيل، وشبهه صح التصرف.

مثلاً. أما المجهول لا كذلك، كهذه الصبرة إذا لم يعلم قدرها، فلا بأس؛ لأن عقد الرهن ليس من العقود لمسية على المغبنة والمكايسة، لأن ذلك في عقود المعاوضات التي يطلب فيها كل من المتعاضدين غنى صاحبه، فإن الرهن مهي على قبول الغبن، إذ الراهن معيّن ليموت.

قال المصنف في التذكرة في باب بيع لعائيب: الأقرب حوازة العائيب غير المرثي ولا الموصوف، ورهنه، لأنه ليس من عقود المعاينات، بل الراهن والواهب معونان، والمنتب والمرفق حرقة، ولا خيار لها عند الرؤية لانتهاء الحاجة اليه (١).

قلت: باعتبار هذين العقدين لا خبير، نعم لو شرط كل من الهبة والرهن لموصوف في عقد البيع مثلاً، فظهر بخلاف الموصف يشب الخيار بالمعارض لتعنية المعاوضة.

قوله: (لو غصب عيناً ثم باعها، أو رهنها، أو وهبها، أو آجرها، ثم ظهر مصادفة التصرف المثلث بميراث، أو شراء وكيل، وشبهه، صح التصرف).

قد سبق أنه لو باع مال يبه بظن حياته فبان ميتاً، وأن المبيع ملكه بالإرث أن الأقوى عند المصنف صحة، فجرى في قوله هن: (صح التصرف) على ما سبق في اسيع، ولما احترت في البيع توقفه على الإحارة، فلا بد من القول بتوقفه عليها هنا، وكذا نقول في سائر العقود.

أما الرهن بالنسيئة إلى عتار المصنف فقد سبق في كلامه: أنه لو شرط عليه رهناً في بيع فاسد، فظن للروم رهن له فيه الرجوع. وهذا يقتضي كون هذا

ي: لو رهن ماله الرجوع فيه قبله لم يصح على اشكال، كموهوب له الرجوع فيه، وكالبائع مع افلاس المشتري، أما لو رهن الزوج قبل الدخول نصف لصدائق فإنه باطل.

يا: لو رهن الوارث التركة وهناك دين فالأقرب الصحة وإن استوعب، ثم إن قضى الحق والا قدم حق الديان.

العقد جائزاً من طرف الراهن أيضاً، نظراً إلى أنه إما أوقعه ظاهراً لزوم البيع. ولا يخفى أن هذا غير ضائر، وتقديره تأثيره فيسفي أن يكون تأثير ما اذ وقع العقد على أنه مال غيره، وأنه فصولي بطريق أولي قوله: (لو رهن ماله الرجوع فيه قبله لم يصح على اشكال، كموهوب له الرجوع فيه، وكالبائع مع افلاس المشتري).

يشأ: من أن صحة الرهن موقوفة على الرجوع ليكون مملوكاً، ولم يحصل قبله، فلا يكون صحيحاً. ومن أن عبارة عقد الأصل فيها الصحة، فيجب تنزيلها على ما يتحقق معه، وهو الرجوع إلى المثل.

ولا استبعاد في أن يكون القصد إلى رهن المتصل بالعقد مقتضياً للرجوع والعود إلى المثل، فيكون الرهن صحيحاً لوقوعه في مملوك، وقد سبق مثله في الخيار، وهو الأصح.

قوله: (لو رهن الوارث التركة، وهناك دين فالأقرب الصحة وإن استوعبت).

وجه القرب: أنه مالك، كما مبني ان شاء الله تعالى في الوصية وغيرها، والتخيير إليه في جهات الأداء، فيكون رهناً من أهله في محله. ويحتمل العدم لتعلق حق الديان بالتركة، أولاً سوارث إنما يملك مع عدم الدين، وكلاهما ضعيف.

قوله: (ثم إن قضى الحق وإلا قدم حق الديان).

أي: إن قضى حق الديان فلا بحث، وإن لم يقضه فالدين أحق بالتركة،



**الفصل الثالث :** في انعقد: ويشترط كمالية الموجب، والقابل، وتملك الموجب أو حكمه كالمستعير، وولي الطفل مع المصلحة كالاقتراض في نفقته، أو إصلاح عقاره.

ولو استدان ورهنا، ثم قضى أحدهما صارت حصته طلقاً إن لم يشترط المرتن رهه على كل جزء من الدين،

فيقدم حقه على حق المرتن؛ لتمتع حقه بها سابقاً.

**قوله :** (وتملك الموجب).

لو قال: وملك الموجب لكان أولى أو أحصر، مع أن فيه مهام الاكتفاء بتحدد تملكه.

**قوله :** (وولي الطفل مع المصلحة كالاقتراض في نفقته، أو إصلاح عقاره).

هو بمنح العير، ومثله نفقة مملوكه ودابته، وذلك حيث يتوقف الاقتراض على الارتهان.

**قوله :** (ولو استدان ورهنا، ثم قضى أحدهما صارت حصته طلقاً إن لم يشترط المرتن رهه على كل جزء من الدين).

أي: لو استدان شخصان كل منهما دينا، ورهنا على لديين رهناً لهما، بعقد واحد صادر منها مباشرة أو بوكالة، ثم قضى أحدهما ما عليه صارت حصته من الرهن طلقاً، لا فتكاكها بأداء ما عليها من الدين.

وهذا إذا لم يحمل في حال الرهن مجموع كل من الاستحقاقين رهناً لمجموع الدين [وبكل جزء منه]. أم إذا جعلاه كذلك فظاهر، لأن رهن الغير ملكه على ما أخرج جائر. وأما إذا لم يحمل، فلأن مقابلة مجموع<sup>(١)</sup> الرهن المملوك لهما بمجموع دينهما يقتضي مقابلة الأبدان بالأبدان. ولما كان رهن ملك الإنسان

ولو تعدد المرتهن واتحد العقد من الواحد فكل منها مرتهن للنصف خاصة.  
وفي التقسيط مع اختلاف الدين، شكال،

على دين غيره خلاف الأصل، احتجج الى دليل يدل عليه من قبل المالك، ولما انتفى الدليل هنا من المالك، وجب أن يصرف رهن منك كل منها الى ما عليه من الدين، حذراً من رتكاب خلاف الأصل من غير دليل. وحيث أنه يفتك نصيب كل منها بأداء ما عليه، اذ يمنع بقاء الرهانة بعد أداء الحق.

قوله : (ولو تعدد المرتهن، واتحد العقد من الواحد، فكل منها مرتهن للنصف خاصة).

هذه مقابلة لمسألة، لاتحد الرهن وتعدد المرتهن. وإنما كان كل منها مرتهناً للنصف، لانفراده بشرط الدين، وينزى على الإشاعة ما لم يعين. ولا يحى أن هذا اذا استوى قدر الدينين بدليل ما سيأتي من بيان حكم ما اذا تعاونا.

قوله : (وفي التقسيط مع اختلاف دين شكال).

أي: مع اختلافه في القدر، سواء اختلف مع ذلك الجنس أم لا. ومنشأ الإشكال: من أنه مشترك بينهما في الرهن، والأصل في التشريك التنصيف، ولأن دين كل منها سبب في الرهن مستقل، ولأسباب اذا احتتمت تساوت في التقسيط لاعتبار سببية كل منها، ومن أن تنصيف حيث لا يدل دليل على خلافه. والدليل على التقسيط قائم هنا، لأن مقتضى الرهن قضاء لدين كنه من ثمن المرهون اذا وفى به. فني محل نزاع، بقتضى نرائد من أحد الدينين على الآخر من ثمن الرهن، اقتضى تعلق ذلك نرائد بالرهن، فيكون متعلق بمجموع الدين الزائد من الرهن أكثر من متعلق الآخر. وإن لم يقض امتنع كونه رهناً بالمجموع، وقد فرض كونه رهناً بالمجموع هنا.

وذا ثبت هذا، كان التقسيط مستنداً من خارج، وهو جعل الرهن رهناً بالمجموع، لا من أصل التشريك، ففى هذا إن وفى فلا بحث، وإلا قسط عنها بحسبها.

فإن وفي أحدهما صار النصف طلقاً، فإن طلب قسمة المفكوك ولا ضرر على الآخر أجيب، وإلا فلا، بل يقر في يد المرتهن نصفه رهناً ونصفه أمانة. والمرتهن والرهن ليس لأحدهما التصرف إلا بإذن الآخر، فإن بادر أحدهما بالتصرف لم يقع باطلاً بل موقوفاً، إلا عتق المرتهن فإنه يطل وإن أجازته الراهن، ولو سبق أدنه صح، فلو افتك الرهن ففي لزوم عقود نظر،

قوله: (فإن وفي أحدهما صار النصف طلقاً).

يجب أن يقيد بما إذا تساوى، أو لم يقل بالتقسيم مع التصرف.

قوله: (فإن طلب قسمة المفكوك ...).

أي: فإن طلب الرهن قسمة المفكوك من الرهن إلى آخره، حيث كان مشاعاً.

قوله: (فلو بادر أحدهما بالتصرف لم يقع باطلاً، بل يقع موقوفاً، إلا عتق لمرتته فإنه يطل، وإن أجازته الراهن).

تردد في لوائح في صحة عتق المرتته إذا أجازته الراهن، ثم حكم بعدم الصحة<sup>(١)</sup>، وهو لمعتمد؛ لأنه لا عتق إلا في ملك.

قوله: (ولو سبق أدنه صح).

أي: لو سبق ذن لراهن للمرتته في العتق صح. ويحتمل أن يكون المراد: لو سبق أدن أحدهما للآخر في التصرف صح تصرفه، وفيه تكلف.

قوله: (فلو افتك لرهن ففي لزوم العقود نظر).

أي: لو فتك لراهن لرهن، أو افتكه ممتلك - بأن يقرأ للمجهول - ففي لزوم العقود الصادرة من لراهن نظر، يشأ: من أنها وقعت جائزة، فيبقى جوازها مستصحباً، ومن أنها لازمة في أصلها - لأنه لفرض - وجوازه، إنما كان بسبب حق

## والأقرب للزوم من جهة الراهن قبل الفك .

المرتهن وقد زال، فيزول الجواز، ولأها لازمة من طرف الراهن، لما سيأتي عن قريب ان شاء الله . والجواز إنما هو لعلاقة حق المرتهن، فإذا زال لم يبق للجواز مقتضى.

فان قيل: حق التصرف مشترك بين الراهن والمرتهن، فتصرف الراهن وحده لا ينفذ، بالإضافة الى المرتهن، لوجود حقه المضافي لذلك، فيتوقف على اجازته، فإذا زال حقه، وانحصر الحق كله في الراهن، كان كما لو ساع مال غيره فضولياً ثم اشتره أو ورثه، فكما يتوقف على الإجازة ثم أو يحتمل ابطاله، فكذا هنا.

فما: الفرق واقع، لأن مال الغير غير ممنوع للتصرف، فالمقتضي للصحة منتهى، بمجرد الصيغة لا بعد مقتضى، بخلاف ما نحن فيه، لأن الملك منحصر في الراهن، والمقتضي وهو العقد الصادر من أهله في ممنوع موجود. غاية ما في الباب أن حق المرتهن مانع، فإذا نفي عمل المقتضي عمله. وأيضاً فإنه لا سبيل الى اعتبار اعادة المرتهن بعد انقطاع علاقته، ولا الى بطلان تصرف الراهن المالك، اذ تصرفه قبل الانسكان غير محكوم ببطلانه، فكيف يحكم ببطلانه بعده؟ وبهذا يظهر أن الحكم بالزوم هو الأقوى.

قوله: (والأقرب للزوم من جهة لراهن قبل الفك).

وجه القرب: صدور العقد للزوم منه في حال كونه مالئاً، فحقه أن يكون لازماً، ولا مقتضي للجواز إلا حق سرتين، وهو مسحصر في جانبيه، فيختص الجواز به.

والتحقيق أن يقال: إن الإجازة في العقد الفضولي إن جعلها كاشفة، فالجواز من طرف من وقع العقد فضولياً بالنسبة اليه خاصة، دون العاقد الآخر مع الفضولي، فاللزوم هنا من طرف الراهن أظهر.

وإن جعلناها ناقلة وجزء لسبب، اتجه في الفضولي الجواز أيضاً من طرف العاقد الآخر؛ نظراً الى أن المأني به إنما هو جزء السبب فقط، فهو بمنزلة

ولو أجاز الرهانة الثانية ففي كونه فسخاً لرهنه مطلقاً، أو فيما قابل الدين الثاني، أو العدم مطلقاً نظر.

الإيجاب وحده وأما هنا ففيه تردد. واللزوم أيضاً على هذا التقدير متجه هنا؛ لما عرفت من أن المأتي به هنا سبب تام، غاية ما في الباب أن المانع موجود وهو لا يخل بوجود السبب التام من الرهن الذي هو المالك. وما قربه أقرب، فإننا قد اسلفنا في الفضولي أن الإجازة كشفة.

قوله: (ولو أجاز لرهنة الثانية، ففي كونه فسخاً لرهنه مطلقاً، أو فيما قابل الدين الثاني، أو العدم مطلقاً نظر).

ها احتمالات ثلاثة، مشأ النظر من تعارض دلائلها:

أحدها: كونه الإجازة موجبة لفسخ رهنه مطلقاً، أي: في مجموع الرهن، سواء ما قابل دينه وما زاد عليه.

ووجهه: أن مقتضى الرهن الاختصاص بمجموعه بالنسبة إلى الدين المرهون به، ليقضى ذلك الدين من ثمنه، واختصاص كل من لديين مجموع الرهن متنافيان؛ لأن اختصاص أحدهم بالمجموع على هذا الحكم ينافي اختصاص الآخر وقد ثبت الرهن الثاني بالسبب الطارئ، وإجازة الرهن الأول، فيبطل الأول، وفي المسافة المذكورة نظر.

الثاني: كونها موجبة لفسخ رهنه فيما قابل الدين الثاني، لأن المناقاة باعتبار مقصود رهن مختصة به، بخلاف ما زاد.

ويضيق: بأن رهن منسحق بالمجموع، فإن اقتضى الاختصاص اقتضاه في المجموع، وإلا لم يقتض في شيء منه، ولأن المثل على تقدير اعتبار المقابلة والزيادة بالنسبة إليه لا يضبط، فقد يكون في وقت الرهانة كثيراً يبقى منه بقية بعد، وأما هنا ففيه تردد. وال لزوم أيضاً على هذا التقدير متجه هنا، لما عرفت من أن المأتي به هنا سبب تام، غاية ما في الباب أن المانع موجود، وهو لا يخل بوجود الدين الثاني، ثم يتجدد انتقصان وبالعكس. ويستحيل تجدد ثبوت الحق، بعد كون العقد حال وقوعه غير مقتضى له.

## ويترتب حكم إسقاط الثاني حقه ،

الثالث: عدم الفسخ مطلقاً -أي: في شيء من الرهن- لعدم التنافي؛ لأنه لا يمتنع كون الشيء رهناً بمجموع لا ينفي ثمنه بأدائه؛ لأن الأداء ثمرة الرهن بعد تحققه، لا نفسه.

وإنما يثبت الأداء بحسب حال الثمن، باعتبار كثرة وقلته. وتقديم دين شخص في الأداء على دين آخر لا ينافي تعلق كل من الدينين بالرهن، لما قلناه من أن ذلك ثمرة الرهن ومقصوده.

ولا محذور في أن يكون المقصود في بعض أولى وأسبق من البعض الآخر، وإن استويا فيما له المقصود والثمرة، لأنه لو تضمن عقد واحد رهناً بدينين وتقديم أحدهما في الأداء على الآخر، ثم تأدية الآخر بعد أداء الأول لم يكن ذلك باطلاً، ففي العقدين المستقلين أولى؛ لوقوع الثاني بعد القطع بصحة الأول، فلا بد في طروء البطلان عليه من دليل أقوى من دليل لصحة، لا صحة أحدهما أو فساد، وفي العقد الواحد صحة كل من العقد وشرط وفساده لازم للآخر، فاما أن يصح أحدهما أو يفسد.

والذي يقتضيه النظر الصحة وعدم الانفساخ مطلقاً؛ لوجود الدلائل الدالة على وجوب الوفاء بالعقد، الشامل بعمومه لموضع النزاع، وعدم ثبوت منافي يقتضي البطلان.

فوله: (ويترتب حكم إسقاط الثاني حقه).

أي: ويترتب على الاحتمالات الثلاثة، حكم إسقاط المرتهن الثاني حقه من الرهن، فعلى الأول لا حق للمرتهن الأول؛ لبطلان حقه بوجود منافيه، وإن طرأ عليه البطلان.

وعلى الثاني، لا حق له فيما قابل الدين الثاني.

وعلى الثالث حقه بحاله؛ لأن حق الرهانة بالنسبة إليه ثابت.

وتقدم الثاني في الاستيفاء قد انتفى بإسقاط حقه، فيبقى حكم الرهن بالنسبة إلى الأول متوفراً.

ولولم يعلم الأول حتى مات الرهن، ففي تخصيص الثاني بالفاضل  
عن دين الأول من دون الغرماء اشكال.

قوله: (ولولم يعلم الأول حتى مات الرهن، ففي تخصيص  
الثاني بالفاضل عن دين الأول من دون الغرماء اشكال).

بنشأ: من أن الرهن الثاني لازم من طرف الراهن، كما سبق بيانه آنفاً.  
وتوقفه على إجازة المرتين الثاني، لتعلق حقه به من جهة استيلاء دينه من قيمته،  
فاذا استوفى حقه من ثمنها بعد بيعها - كما يرشد إليه قوله: (ففي تخصيص الثاني  
بالفاضل عن دين الأول) - لم يبق له تعلق به، فيكون الرائد بمقتضى النزوم محتصاً  
مالم يثنى. ومن أن الرهن الثاني موقوف على الإجازة، ولم يحصل، فيبقى كما  
كان.

والتحصيل: أن نفوذ الرهن الثاني إنما يكون بأحد أمرين: إجازة الأول،  
أو افشاك العين، نحو أداء دينه لاحتصاصه بجميع العين. فإذا لم تحصل الإجازة  
والافشاك، حتى بيعت العين في دين المرتين الأول، امتنع نفوذ الرهن الثاني؛  
لفوات محله بالبيع.

وليست القيمة متعلق الرهن، لأن متعلقه هو العين، وإن استحق بسببه  
الاستيلاء من القيمة، فلا وجه لنفوذ الرهن الثاني في الفاضل عن دين الأول في  
الفرض المذكور بحال.

نعم لو أجاز المرتين الأول الرهانة ثانية، بعد الموت مع بقاء العين، لم  
يمنتع القول بنفوذها؛ لتحقق المقتضي وزوال المنع حينئذ فيعمل عمله.

وما قيل: من أن حق باقي الغرماء يتعلق بالتركة، فلا أثر لإجازته إن  
قلنا بعدم اختصاص الثاني بالفاضل، ولا لفسخه إن قلنا بعدم الاختصاص، لا  
يكاد يتحصل له معنى؛ لأن تعلق حق الغرماء وعدمه فرع الاختصاص بالفاضل  
وعدمه، والاختصاص وعدمه فرع نفوذ الرهانة الثانية وعدم نفوذها.

ونفوذها بالنسبة إلى العين، إنما يكون بأحد أمرين: إما إجازته، أو  
الافشاك، كما سبق، فتكون إجازته بالنسبة إلى العين معتبرة بعد موت الراهن،

ولا حكم لإجازة الأول، ولا فسخه بعد موت الراهن.  
ولو عتق الراهن بإذن المرتهن، وبالعكس سقط الغرم.  
ولو أذن في الهبة فوهب، فرجع قبل الإقباض صح الرجوع على  
اشكال، ينشأ: من سقوط حقه بالأذن، وعدمه.

كما كانت قبله، إذ لا دليل على روال اعتبارها، فتكون إحارته كاشفة عن عدم  
تعلق حق باقي الغرماء، ورده كاشفاً عن التعلق.  
وبالسة إلى القيمة لا بمقتل النفوذ أصلاً، كما حققناه من أن الرهنة  
معلقة بالعين، وإنما يقتضي التعلق إلى القيمة بتوسط التعلق بالعين، فإذا انقضى  
التعلق بالعين امتنع التعلق بالقيمة لمقتضى الثاني بالفاضل عن دين الأول.

وقول المصنف: (ولا حكم لإحارة الأول، ولا فسخه بعد موت الراهن، فلا  
تكون إحارته معتصية بالنفوذ، ولا فسخه معتصية بعدمه) إنما يصح على تقدير احتمال  
نفوذ رهن الثاني في قيمة الرهن، بعد بيعه لأداء دين لأول وعدمه، فإن النفوذ على  
هذا التقدير، وعدمه بعد انقطاع علاقة المرتهن الأول، فلا حق له حينئذ أصلاً،  
إلا أن هذا الاحتمال لا يتوجه أصلاً؛ لما جمعناه، فلا يستقيم ما ذكره. والصحيح  
عدم اختصاص الثاني بالفاضل من دين الأول.

قوله: (لو اعتق الراهن بإذن المرتهن، وبالعكس سقط الغرم).  
أما في الثاني مظاهر، وأما في الأول فلأن الإذن في التصرف لمنافي  
بفناء حق الرهنة لا يقتضي وحب بدل القيمة ليكون رهناً.  
قوله: (ولو أذن في الهبة فوهب، فرجع قبل الإقباض صح الرجوع  
على اشكال، ينشأ: من سقوط حقه بالإذن، وعدمه).

أي: ينشأ من التردد في سقوط حق المرتهن بالإذن، وعدمه. ووجه  
التردد: أن الإذن في المسقط يدل على الرضى بالسقوط، فيمكن عنه مسقطاً.  
وفيه نظر، لأن لمنافي للرهن هو المقتضي لسقوط، لا الرضى به، فالأصح  
صحة الرجوع.



ولو أحبلها الراهن لم يبطل الرهن، وإن كان بإذن المرتن، وإن صارت أم ولده، وفي بيعها إشكال.

قوله: (ولو أحبلها الراهن لم يبطل الرهن، وإن كان بإذن المرتن، وإن صارت أم ولده).

لأن الرهن بعد تمامه ولروحه إنما يبطل منافيه، والإحبال وإن وقع بالإذن غير مناف وإن صارت أم ولد، إذ لا يمنع بيعها إذا تعلق بها حق المرتن سابقاً على الاستيلاد، أما مطلقاً أو مع لاعتار.

ومع اليسار يجب بدل القيمة ليكون رهناً، وذلك أثر بقاء الرهانة لا محالة، فلا مصادفة حيث، نعم لو افتكتها لم يمنع البيع، والرهانة بعد ذلك.

قوله: (وفي بيعها إشكال).

ينشأ: من تعلق بحق المرتن سابقاً ببيعكم، ومن عموم الهي عن بيع امهات الاولاد<sup>(١)</sup>. وللشيخ قولان في المسألة:

أحدهما قوله في الخلاف: يبيعها مع اعسار الراهن، ومع يساره يجب بذل القيمة، ليكون رهناً جمعاً بين الحقي<sup>(٢)</sup>. ويضعف مان الرهانة إن بقيت فهي متعلقة بالعين، وإلا فلا تعلق لها بالقيمة.

والثاني: قوله في المبسوط بجوار بيعها مطلقاً<sup>(٣)</sup>، وهو اختيار ابن ادريس<sup>(٤)</sup>.

وحكى شيخنا في شرح الارشاد عن المبسوط خلاف ذلك، والظاهر أنه وهم.

وتحقيق القول: أن عمومات بيع الرهن لأداء الدين، وعمومات بيع أم الولد قد تعارضت، فلا بد من المرجح لتخصيص بعض ببعض آخر، والمرجح هنا

(١) الكافي ٩: ١٩٣ حديث ٥، الفقيه ٣: ٨٣ حديث ٢٩٩.

(٢) الخلاف ٢: ٥٩ مسألة ١٩ كتاب الرهن.

(٣) المبسوط ٢: ٢١٧.

(٤) الرائدة: ٢٥٩.

ولومات في الطلق فعليه القيمة. وكذا لو وطأ أمة غيره لشبهة.  
ولا يضمن زوجته، ولا المزنى بها الحرة المختارة؛ لأن الاستيلاد إثبات  
يد، والحرة لا تدخل تحت اليد.

هو سبق حق المرتن، الذي لا دليل على بطلانه، فيكون القول ببقاء حق الرهانة،  
وجواز البيع مطلقاً أقوى، وإن كان تفصيل الخلاف أحوط.  
قوله: (ولومات في الطلق فعليه القيمة).

هذا إذا لم يكن الإحبال بالإذن، فمبا معه فالصواب أن لا قيمة هنا.  
والمراد بوجوب القيمة: حلها رهناً كالعين، بحافضة على حق المرتن.  
قوله: (وكذا لو وطأ أمة غيره لشبهة).

أي: وكذا تحب القيمة للمالك لو وطأ شخص أمة غيره لشبهة، فانت  
في الطلق؛ لأن الأمة مال، فتدخل تحت اليد، وتعتبر مضمونة، فإذا استند تلفها  
إلى سبب صادر عنه، موجب لضمان عليه، وجبت عليه القيمة.

ولا يضر في ذلك كون الوطاء لشبهة؛ لأنها إنما تسمع الإثم، لا إسقاط  
ضمان مال الغير إذا استند إتلافه إليه بكون سببه منه.

ولا فرق في هذا الحكم، بين كون بوطاً لشبهة، وعدمه، فكان عليه أن  
يسكت عن قوله: (لشبهة)، لأنه يوهم عدم ضمان بدونها. إلا أن يقال: يدل  
على الضمان بدونها بطريق أولى، لأن ضمانه مع عدم لتكليف يقتضي الضمان  
معه بطريق أولى.

قوله: (ولا يضمن زوجته).

لأن الوطاء مستحق شرعاً، فكيف يعقل ترتب الضمان عليه، إذا لا  
عدوان من قبله.

قوله: (ولا المزنى بها الحرة المختارة؛ لأن الاستيلاد إثبات يد،  
والحرة لا تدخل تحت اليد).

أي: الاستيلاد، وهو الوطاء، يندى ترتب عليه الإحبال، والطلاق تصرف  
يد، والحرة لا تدخل تحت اليد، لأن الذي يدخل تحت اليد هو المال دون الحرة،

وفي اعتبار القيمة يوم التلف، أو الإحبال أو الأعلى نظر.  
ولو باع الراهن بإذن لمرتهن صبح، ولا تجب رهينة الثمن إلا أن  
يشترط.

ولهذا لا يضم منافع الحر، إلا بالاستيلاء. بخلاف منافع العبد، فإنها تضم  
بمجرد وضع اليد عليه وإن لم يستوف؛ لأنه مال.  
واحتراز بـ (الحررة) عن لأمة، فإنها تضمن مطلقاً، وبـ (المختارة) عن  
المكرهة.

ولو أكره حررة على الزنا، وأحبها ضمناً لوماتت في الطلق، كما صرح به  
المصنف في التذكرة<sup>(١)</sup>، لأنه أحدث سبباً لهلاكها فيها على كرهها، فيضم  
دينها التي تجب على العرقلة.  
قوله: (وفي اعتبار القيمة يوم التلف، أو الإحبال، أو الأعلى  
نظر).

المراد بذلك: القيمة السوقية، فلو نقصت القيمة لنقصان في العين يعيب  
ونحوه، فهو مضمون قطعاً، أما تفوت السوق باعتبار وقت لتلف والإحبال وما  
بينها، ففي اعتباره حيث تجب القيمة في المواضع السالفة كلها، أو في الرهن  
الذي هو المقصود والباقي بحال عليه نظر، والأصح اعتبار قيمته حين التلف،  
لأنه حين الانتقال إلى ضمان القيمة.  
وقد سبق لهذا نظائر في البيع الفاسد، والعين المعصومة، وسيأتي بعد  
ذلك.

واعلم أن المراد بـ (الأعلى) في قول المصنف: (أو الأعلى)، الأعلى من يوم  
الإحبال إلى حين التلف؛ لأن جميع ذلك الزمان العين فيه مضمونة، وإن كان  
المتبادر من قوله: (الأعلى) بعد ذكر (يوم التلف)، و (الإحبال) أن المراد الأعلى  
منها.

ولو قال: أردت بالاطلاق أن يكون الثمن رهناً لم يقبل.  
ولو ادعى شرط جعل الثمن رهناً حلف المكر.  
ولو انعكس الفرض لم يكن للمرتن التصرف في الثمن قبل  
الأجل.

ولو باع الراهن، فطلب المرتن الشفعة ففي كونه إجازة اشكال،

قوله: (ولو قال: أردت بالاطلاق أن يكون الثمن رهناً لم يقبل).  
أي: بإطلاق الإذن، فيكون مقتضاه الاعتراف باطلاق الإذن في البيع،  
ودعوى إرادة كون الثمن رهناً بذلك للفظ مطلق ولا أثر لهذا، لأن لا اعتبار  
بما دل عليه اللفظ، ولذلك لم تنته له المطالبة بالثمن، كولا إثباته بيمينه.  
قوله: (ولو ادعى شرط جعل الثمن رهناً حلف المكر).  
قيل: أي فائدة لقوله: (حلف المكر)، ولم يقل: حلف الراهن، فإنه  
أظهر، ولا تتصور إرادة غير الراهن بالمنكرها.  
قيل: فائدة أن فيه إشعاراً بيلة تقديم قوله بيمينه، وهي كونه مكرراً  
أخذاً بعموم: «واليمين على من أنكر»<sup>(١)</sup>.  
قوله: (ولو انعكس الفرض، لم يكن للمرتن التصرف في الثمن  
قبل الأجل).

لمراد بانعكاس الفرض: أن يبيع المرتن بإذن الراهن، وإنما لم يكن له  
التصرف بالثمن قبل الأجل؛ لعدم استحقاقه أحد دينه حيث.  
قوله: (ولو باع الراهن، فطلب المرتن الشفعة، ففي كونها إجازة  
اشكال).

ينشأ: من كون اللفظ لا يدل على الإحالة باحدى الدلالات، أما المطابقة  
والتضمن فظاهر، وأما الالتزام فلا تنمى للروم البين. ومن أن طلب الشفعة إنما  
يكون طلباً صحيحاً حيث يستحق ذلك، وإنما يستحقه بعد تحقق البيع المعتبر

فإن قلنا به فلا شفعة،

ولو اسقط حق الرهانة فيه الشفعة إن قلنا بلزوم العقد.

شرعاً، وبما يتحقق ذلك إذا أجازته المرتن.

ويجب تنزيل طلب المكف على اسوحي الصحيح؛ بوجوب صيانة كلامه شرعاً عن الهدرية مع الامكان، فيكون دالاً بالاقتضاء على الإجازة، ودلالة الاقتضاء معتبرة؛ لثبوت الدل عليها، وإن لم تكن دلالة الالتزام، لأن هذه الدلالة لا تستلزم من اللفظ مجردة، بل بمؤنة شيء آخر. ودلالة الالتزام تستلزم من اللفظ مجردة، بشرط العلم بالوضع، وتحقيق اللزوم، وهذا الأخير أقوى. وفي قول المصنف: (ففي كونه إجازة) نسمع؛ لأن طلب الشفعة ليس بنفسه إجازة كما هو معلوم، وإنما هي من مقتضياته على الاحتمال.

قوله: (فإن قلنا به فلا شفعة).

أي: فإن قلنا بكون طلب الشفعة إجازة للبيع فلا شفعة؛ لأن الإحارة رضى بالبيع، والرضى بالبيع يسقط الشفعة. واعلم أن الشارح ولد المصنف سبي المسألة على أن لشفعة تثبت بمجرد العقد أم بلزومه؟ فعلى الأول: لا تكون إجازة؛ لعدم الاقتضاء، فلا تسقط الشفعة بطلبها. وعلى الثاني: تكون إجازة فيسقط به، كما بيناه (١). وفيه نظر؛ لأنه لا يعقل ثبوت الشفعة بمجرد العقد، الذي هو الإيجاب والقبول. لأن هذا بمجرد لا يقتضي البيع، وإنما البيع: هو نفس نقل الملك، أو نفس الإيجاب والقبول المقتضيين لنقل الملك أو الانتقال على اختلاف الآراء. وقد سبق بينه في أول البيع. فكيف يعقل إثبات الشفعة لشيء تابع من توابع البيع بمجرد العقد، ومع ذلك فلا يشترط بعد تحقق صحة البيع لزومه لثبوتها، فلا يستقيم ما ذكره.

ويجوز أن يشترط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه، أو لغيره، أو وضعه على يد عدل، وليس للراهن فسخ الوكالة حينئذ، نعم لو مات بطلت دون الرهانة. ولو مات المرتهن، فإن شرط في العقد انتقال وكالة إلى الوارث لزم، وإلا لم تنتقل،

وفي قول المصنف بعد هذا: (ولو سقط حق الرهانة فيه الشفعة إن قلنا بمرور العقد) ما يدل على عدم صحة سائيه، لأنه بعد إسقاطه الرهانة حكم بأنه يستحق لشفعة، على تقدير القول بمرور العقد؛ لأنه حينئذ يكون بيعاً صحيحاً، وبدونه هو كالمضولي لا يشتر ملكاً. ومقتضاه أنه لا يستحق شفعة على قول بعدم لزوم، إذ ليس بيعاً، ولا يشتر ملكاً، ولو كان بناء الشارح لا يشتر صحيحاً، لكان جزم المصنف بشرط أن يقول بمرور العقد في ثبوت الشفعة حافياً للتردد المستعاد من الإشكال السابق، وللمعتمد سقوطها بطلبها، لاقتضائه لإحارة كما قررناه. قوله: (وليس للراهن فسخ الوكالة حينئذ).

أي: حين اشتراطها في العقد لنفسه ولغيره، لوجوب الوفاء بالعقد اللازم وشروطه، وهذا مما يدل على أن بعض شروط تصير لازمة، إذا لم يكن المشروط فعل شيء يتحقق فعله بعد العقد.

قوله: (نعم لو مات بطلت دون الرهانة).

هذا استدراك، وبمعنى الاستثناء مع تقدم، أي: وكالة لمشروطة في العقد تبطل بموت الراهن؛ لأن الوكالة استئنة في فعل يختص بحال الحياة، فإن الوكيل يتعزل بموت الموكل.

قوله: (ولو مات المرتهن، فإن شرط في العقد انتقال وكالة إلى الوارث لزم، وإلا لم تنتقل).

لأن اشتراط كون فلان وكيلاً، واستقل الوكالة عنه في حال مخصوص لا يتنافى مقتضى الرهن، ولا الوكالة، ولا شيئاً من شروطها، فيجب الوفاء به، ويكون لازماً. وإن لم يشترط الانتقال المذكور في عقد بطلت وكالة بموت

أما الرهينة فتنتقل بالميراث كمال بين الورثة.  
ولو أقر المرتهن بالدين انتقلت الرهينة، دون الوكالة ووصية.

المرتهن، لأن موت الوكيل يقتضي بطلان وكالة.  
قوله: (أما الرهينة فتنتقل بالميراث، كالمال بين الورثة).  
لما كانت الرهينة حقاً من الحقوق المتعلقة بالمال وحب نقاله  
بالإرث كما ينتقل المال، ويكون الحكم في استحقاقها كاستحقاق المال بين  
الورثة.

والميراث في قول المصنف: (ينتقل بالميراث) يرد به: الإرث، وهو  
سبب الاستحقاق، فيكون ~~الميراث~~ <sup>سبب</sup> ~~الميراث~~ <sup>سبب</sup>  
قوله: (ولو أقر المرتهن بالدين انتقلت الرهينة دون الوكالة  
والوصية).

أي: لو أقر المرتهن بالدين الذي وقع الرهن به. لآخر، وأنه كان وكلاً  
في الرهانة به صح الإقرار، ويثبت كون الدين والرهانة به حقاً بمقر له؛ لأن  
إقرار العقلاء على أنفسهم حائر، وقد انحصر الحق في ذلك بحسب الظاهر في  
المقر، فينفذ لا محالة.

ولو كان قد اشترط المرتهن في عقد رهن، أو غيره من عقود اللازمة  
كونه وكلاً في البيع حل حياة سواه، ووصياً في بيعه بعد موته لم ينتقل  
ذلك إلى المقر له؛ لأنه خلاف لمشروط، ولأن ذلك استمابة عن الراهن لا  
حق يختص به المرتهن، ليعمل نفوذ إقراره به.

واعلم أن في عبارة المصنف عدة مناقشات:

أ: قوله: (انتقلت الرهينة) وه لا تنقل هالك، بل الرهينة بمقتضى  
الإقرار حق للمقر له من أول الأمر.

ب: أنه بما ثبت لرهينة لمقر له شرط كونه وكلاً عنه، واعترافه بأنه  
أوقفها عنه، وظاهر العبارة أن مجرد إيقاع الرهينة بين الراهن والمرتهن كاف  
في ثبوتها.

ولو امتنع الراهن من الأداء وقت الحصول باع المرتهن إن كان وكيلًا، وإلا فالحاكم، وله حبسه حتى يبيع بنفسه.

#### الفصل الرابع : الحق :

وشروطه ثلاثة: أن يكون ديناً لازماً، أو أثلاً إليه، يمكن استيفاءه منه، فلا يصح الرهن على الأعيان وإن كانت مضمونة كالعصب، والمستعار مع الضمان، والمقبوض بالسوم على أشكال، ولا على ما ليس بثابت حالة الرهن، كما لو رهن على ما يستدينه، أو على ثمن ما يشتريه منه،

ج: إن العبارة خالية من الدلالة على ما يرد بقوله: (والوصية)، فإنه وإن جرى للوكالة في بيع الرهن ذكر، لكن لم يجر للوصية ذكر أصلاً، ففي دلالة اللفظ على المعنى المراد منه خفاء.

قوله: (وإلا فالحاكم).

إن لم يكن موجوداً باع بنفسه، ولو شهد شاهدي عدل كان أولى، ولو تعدل اثبات الرهانة عد الحاكم باع بنفسه وإن كان مع وجود الحاكم، لثلا يصح حقه.

قوله: (وله حبسه حتى يبيع بنفسه).

لأن ذلك حق عليه، وكذا تعزيره.

قوله: (أن يكون ديناً لازماً، أو أثلاً إليه).

المراد بكونه لازماً: أن يكون ثابتاً في الذمة، فإنه سيأتي أن الثمن يصح الرهن به في مدة الخيار، وبكونه أثلاً لى اللزوم: أن يكون ثبوته في الذمة بالقوة القرينة من الفعل، كما في مسألة التشرية بين الرهن وسبب الدين.

قوله: (فلا يصح الرهن على لأعيان، وإن كانت مضمونة

كالعصب، والمستعار مع الضمان، والمقبوض بالسوم على أشكال).

لأشكال في الأعيان المضمونة خاصة، ومنشؤه: من أن مقتضى الرهن

استيفاء المرهون، وفي الأعيان يمتنع ذلك لامتناع استيفاء العين الموحودة من



شيء آخر، ومن أن معنى التوثق حاصل باستحقاق أخذ عوض لعين عند سلفه من المرهون، وذلك هو المقصود من الرهن، د المعقول منه كونه وثيقة للمحل المرهون به عني أن تستوفي منه عند الحاجة، وهذا كما يصدق في الرهن على الدين، يصدق على الرهن في محل النزاع.

فان قيل: فعلى هذا يحوز الرهن عني غير المضمون من لأعيان، شوب التوثق بهذا المعنى في الرهن عليها.

قلت: لما لم تكن مضمونة لم يكن تنهها موحاً لشوب شيء في الدمة. لانتهاء الضمان، فلم يتحقق مقصود الرهن بالنسبة اليها.

فان قيل: حيث أن الرهن وثيقة تستوفي منه عند الحاجة، لرم انقول بصحته ها، لإمكان كبروض الحاجة بالتلف بعد انتعدي.

قلنا: لما لم يكن الضمان متحققاً، كان المعنى الصحيح للرهن متنياً، بخلاف المضمونة.

فان قيل: المصحح للرهن، كونه بحيث يستوفي منه عند الحاجة، وهو ثابت في الموضعين.

قلنا: لما كانت الأعيان مضمونة، كان المصحح للرهن موحوداً بالقوة القربية من الفعل، بخلاف غير مضمونة، فله لا مصحح فيها بالفعل، ولا بالقوة القربية.

ويمكن أن يقال: ان الرهن في الأعيان المضمونة عني العهدة الثابتة، وهي تعلق ضمان الأعيان بامدة على تقدير التلف: لأنها حق ثابت في الحال.

ولا يقال: إن المرهون به لا يمكن استيفائه ها من المرهون؛ لأن المطلوب استيفائه هو المقصود من تلك العهدة، وهذا لمعنى مستف في الأعيان الغير المضمونة.

أو يقال: ان الرهن على هذه الأعيان، من جهة تعلق عهدة ضمانها على تقدير التلف بالدمة، وهذا مستف أيضاً فيما ليست مضمونة.

فلو دفعه الى المرتهن ثم اقترض لم يصر بذلك رهناً.

والأوجه في الاستدلال أن يقال: ان الرهن في محل النزاع عقد صدر من أهله في محله، ولا مانع إلا تخيل كون هذه الأعيان لا تستوفى من الرهن، فانتهى مقصوده فامتنع صحته.

وهذا حيال ضعيف، فان استيفاءها إنما يكون عند الحاجة لا مطلقاً، ومحل الحاجة هنا: هو حال التلف، وفي تلك الحال هو ممكن؛ لأن المراد باستيفائها: هو أخذ عوضها الواجب شرعاً، ولا لامتنع الرهن على الثابت في الذمة مثله، اد من المعلوم أن ذلك بعينه لا يستوفى شيء من ثمن الرهن، فعلى هذا يجب الحكم بصحته، لثبوت مقتضى المصوم لنصوص وانتفاء المانع. ولا يرد لزوم مثل ذلك في غير المضمونة لوحين:

أ: ثبوت الإجماع على علم الجواز فيها، ووقع الخلاف هنا.

ب: أن يكون الاعتبار المصحح للرهن في المضمونة مستمياً فيها، وهو تعلق عهدها في الذمة، وهذا القول قوي.

ومثله أخذ الرهن على الثمن للمشتري، أو المبيع للبايع على تقدير ظهور فساد البيع، وقد صرح باستوائهما في الحكم المصنف في التحرير<sup>(١)</sup>، وشيخنا الشهيد في الدروس<sup>(٢)</sup>.

وإن كان المصنف في التذكرة - مع قوله بصحة الرهن على الأعيان المضمونة - منع من الرهن بعينة البيع<sup>(٣)</sup>، وبسبب بواضع. وما حلل به من منعه الارتفاق مردود، لورود مثله في الرهن على ثمن المبيع مؤجلاً، والظاهر أن أخذ الرهن على بضعة حذراً من نقصانها كالرهن على المبيع.

قوله: (فلو دفعه الى المرتهن، ثم اقترض لم يصر بذلك رهناً).

رد بذلك على أبي حنيفة، ومالك، وبعض الشافعية، حيث قالوا: ان من دفع الى غيره ثوباً، وقال: رهنتك هذا عبي عشرة دراهم تقرضنيها غداً، وسلم له

(١) تحرير لأحكام ٢٠٥.

(٢) الدروس ١٠٢.

(٣) التذكرة ٢ ٢٣.

ولو شرك بين الرهن وسبب الدين في العقد، فهي لجواز اشكال ينشأ: من جواز اشتراطه في العقد فتشريكه في مثله أكد، ومن توقف الرهن على تمامية الملك، لكن يقدم السبب فيقول: بعثك هذا العبد بألف، وارتهنت الدار بها، فيقول: اشتريت ورهنت، ولو قدم

الثوب، ثم اقرضه الدراهم لزم الرهن (١).

ووجه البطلان: مع اجماعنا أن العقود اذا شرط تأخير مقتضاها، لم يتحقق الإنشاء الصريح لمعل، المطلوب ثبوته حالاً، المعتبر فيه لفظ الماضي، فلا تكون صحيحة.

قوله: (ولو شرك بين الرهن وسبب الدين في عقد، فهي الحور اشكال، ينشأ: من جواز اشتراطه في العقد، فتشريكه في مثله أكد، ومن توقف الرهن على تمامية الملك)

أما الوجه الأول: فما ادعاه فيه من لا كدية غير وصح، فان اشتراط الرهن على ثمن المبيع في العقد، الذي يقتضي وجوبه وثبوت، غير إنشاء عهد الرهن، والمشروط بثبوت الحق في الدعة هو الثاني، دون الأول. ولأن اشتراط الرهن، مقتضاها اثبت استحقاق الرهن على الثمن بعد ثبوته. وأما الرهن: فانه إنشاء التوثق، وإنما يكون بحق ثابت، لا يكاد يعقل معنى الوثيقة بحق لم يثبت بعد.

وأما الوجه الثاني ففيه نظره لأن الرهن غير متوقف على تمامية الملك، بل على أصل الاستحقاق والثبوت، إلا أن يريد بتمامية الملك ذلك، من حيث أنه لا يثبت إلا بكمالية سبه، وهو خلاف لمصادر. ولوقيل في وجه الإشكال: إن منشأ: الشك في أن حصول سبب الوجوب كاف في صحة الرهن وعدمه.

قوله: (لكن يقدم السبب فيقول: بعثك هذا العبد بألف وارتهنت الدار بها، فيقول: اشتريت ورهنت، ولو قدم لارتهان لم

الارتهان لم يصح ، ولو رهن على ثمن في مدة الخيار ، أو على مان الجمالة بعد الرد ، أو على النفقة الماضية أو الحاضرة صح ، لا على المستقبل.

يصح).

المراد: تقديم السبب إيجاباً وقبولاً، فتؤخر فيهما أو في أحدهما لم يصح؛ لتقدم الرهن حينئذ على سبب الدين المقتضي لصحته، وهو ظاهر اختياره في التذكرة (١).

ويشكل على الصحة في المسألة تقدم قبول الرهن على إيجابه، وقد أسلفنا في أول الباب في الرهن والبيع عدم معياره لو تقدم واختار الشيخ الصحة هـ (٢)، وفيما لو قال: بعثك هذا وارهنه بكذا، فقال: قبلت ورهنت، والشارح ولد المصنف فرق بينهما، فحكم بإبطالان في الأولى، والصحة في الثانية (٣)، والفرق غير ظاهر.

والذي يقتضيه النظر بإبطالان؛ لما قدمه من تقدم القبول، ولأن مساواة هذا الرهن الأعيان المضمونة غير واضحة، فإن هناك حقاً في الجملة، بخلاف ما هنا.

إذا عرفت هذا، فعلى تقدير الإبطالان هـ لا يبقى لاشتراط أحد الأمرين: من كون الحق ثابتاً، أو أثلاً إلى الثبوت وجه أصلاً. إلا أن يقال: أنه يتحقق في الأعيان لمضمونة، فإنها لكون الحق فيها أثلاً إلى الثبوت بوجود سببه، يصح الرهن بها من هذه الجهة، فلا يبقى مانع إلا جهة كونها أعياناً.

قوله: (ولو رهن على ثمن في مدة الخيار، أو على مال الجمالة بعد الرد، أو على النفقة الماضية أو الحاضرة صح لا على المستقبل).

أم ثمن فإنه قد ثبت في الذمة، وإن كن الصخ بالخيار جائزاً؛ لأن

(١) تذكرة ٢ ٢٣

(٢) ليسوط ٢ ١٩٧-١٩٨.

(٣) لبصاح الصفوة ٢٤ ٢٤

والأقرب جواز الرهن على مال الكتابة.

ولا يصح على مال ائتمنة قبل الرد، ولا على الدية قل مستقر

الجنابة.

ويجوز على كل قسط بعد حلوله في الخطأ على العاقلة،

ذلك ابطال لما ثبت، طارئ على شئ، فهو منزلة عقد مستأنف. نعم لو قل: أن المبيع لا يستقل إلا بانتفاء الخيار أتمه عدم جواز الرهن حينئذ؛ لانتهاء الثبوت.

وأما مال الجماعة فإنه بعد الرد ثابت، بخلاف ما قبله، اد لا شيء في الذمة من الجانبين؛ لأن ذلك عقد جائز، بخلاف الإحارة ومال السبق، فإن الأصح أن عقد المسابقة لازم. وأما النفقة الماضية والحاضرة فاشها واجبتان، بخلاف المستقبل.

قوله: (والأقرب جواز الرهن على مال الكتابة).

أي: مطلقاً، وخالف الشيخ في حوار الرهن على مال لمشروطة<sup>(١)</sup>، ووجه القرب: أنه حينئذ مال ثابت في ذمة فسادى غيره. واحتجاج شيع بان للعقد تعجيز نفسه، ضعيف؛ لأن التعجيز الى المولى لا ليه، على أن التعجيز ابطال طارئ لما ثبت في الذمة بالعقد الصحيح، فلا اثر له، فلاصح الأول.

قوله: (ولا على الدية قبل استقرار الجنابة).

أي: قبل انتهائها الى احد الذي يوجب الدية، وإن علم أنها تأتي على النفس لانتهاء الثبوت حينئذ.

قوله: (ويجوز على كل قسط بعد حلوله في الخطأ على العاقلة).

وذلك لأنه حينئذ مال ثابت في الذمة، فجاز الرهن عليه، بخلاف ما قبل الحلول، لأن المحكوم عليه بالوجوب في دية الخطأ هو الكامل من العاقلة بعد الحلول، فربما كان قبل الحلول كاملاً، وخرج عن الوصف المقتضي لحوار

ومطلقاً في غيره. ومع فسخ المشروطة يبطل الرهن إن جوّزناه. ولو رهن على الاجارة المتعلقة بعين المؤجر كخدمته لم يصح؛ لعدم تمكن الاستيفاء، ويصح على العمل المطلق الثابت في النعمة.

ولا يشترط كون الدين خالياً عن رهن، بل تجوز الزيادة في الرهن بدين واحد، وكذا تجوز زيادة الدين على مرهون واحد.

### الفصل الخامس : في القبض.

وليس شرطاً على رأي،

التقسيم بعده، كالفني يتحدد له الفقم بعد الحل، وبالعكس، فلا يكون محل ثبوت مال الدية متعيناً، فلا يصح الرهن به.

قوله : (ومطلقاً في غيره).

أي: ويصح الرهن بعد الحل وقبه في غير الخطأ؛ لأن الدية من مال الجاسي حيثئذ، والثبوت في ذمته متحقق، ولأجل في شبه العمد لا ينافي الثبوت.

قوله : (ويصح على العمل المطلق الثابت في النعمة).

لإمكان استيفائه من قيمة الرهن بالاستئجار عليه منها، بخلاف المتعلقة بالعين عند الاحتياج، وهو تعذر استيفاء الحق.

قوله : (ولا يشترط كون الدين خالياً عن رهن، بل تجوز الزيادة في الرهن بدين واحد...).

لأن معنى التوثق بشيء لا ينافي التوثق له بشيء آخر، ومثله العكس. قوله : (وليس شرطاً على رأي).

اختلف في أن القبض في الرهن معترف في تحقق الرهانة، بحيث لا يحصل من دونه فيكون جره السبب كالقبض في نعمة وعدمه على قولين، وإطلاق الاشتراط عليه بطريق التوسع إذ لا يجب تقديمه على عقد الرهن.

وبما ارد مكو به شرطاً عدم تمامية اسب بدوه، والقولان يلحقان الى

## وهل له المطالبة به؟ إشكال،

قوله تعالى: (فرهان مقبوضة)<sup>(١)</sup>، من حيث أنه أمر بالرهن المقبوض، فلا يتحقق الرهن المطلوب شرعاً بدون القبض، ولأن مائدة التوثيق إما تتحقق معه، ولرواية محمد بن قيس: «لا رهن إلا مقبوضاً»<sup>(٢)</sup> والنفي للصحة.

ويضيق بعدم الدلالة، فإن الأمر ذا تعلق بالرهن والقبض لم يلزم أن يكون الرهن لا يتحقق بدونه. نعم، الأمر بالقبض معه للإرشاد إلى كمال التوثيق، والظاهر أنه ليس المراد بالقبض مطلقه، بل كون المرهون في يد المرتهن، ولا يحصل كمال التوثيق بدونه، وهذا غير شرط باتفاقنا؛ والرواية ضعيفة<sup>(٣)</sup>. ومم حيث أنه وصف الرهن بكونها مقبوضة فيجب أن يتحقق معنى الرهينة بدون القبض.

ويضيق بأن الصفة قد تكون كاشفة، وعمه قوله تعالى: (الآن تكون تجارة عن تراخي)<sup>(٤)</sup>.

والأولى الاحتجاج بأصالة عدم، وعدم الدليل، وبالعمومات الدالة بظاهرها على الأمر بالوفاء بالعقد لتشامل محل النزاع. ولأن الحكم بفساد العقد، بطرؤه ما يخرج العاقد عن أهلية التصرف يحتاج إلى دليل، والاقدام عليه لمجرد هذه الخيالات الضعيفة بعيد عن مرتبة الاستدلال، والأصح عدم الاشتراط.

قوله: (وهل له المطالبة به؟ إشكال).

المراد بأن له المطالبة: أن له ذلك على طريق الاستحقاق، والظاهر أن المراد بذلك: على تقدير عدم اشتراط القبض في صحة الرهن؛ لأنه على تقدير الاشتراط لا وجه لثبوت المطالبة به بمجرد إيقاع العقد، إذ لم يثبت حق إلى الآن، إلا أن تشترط الرهانة في عقد البيع.

(١) أنقرة: ٢٨٣

(٢) إتهذيب ١٧٩٠٧ حديث ٧٧٩

(٣) إتهذيب ١٧٩٠٧ حديث ٧٧٩.

(٤) النساء: ٢٩

وقيل: يشترط فيجب إذن الراهن فيه.

ولو قبض من دونه، أو أذن ثم رجع قبضه، أو جن، أو أغرمي عليه، أو مات قبله بطل.

ولا تشترط الاستدامة فلو استرجعه صح، ويكفي الاستصحاب، فلو كان في يد المرتهن لم يفترق إلى تجديد قبض، ولا مضي زمان يمكن فيه.

ومنشأ الاشكال من ظاهر قوله تعالى: (مقبوضة) (١)، فإنه أرشد إلى أن كمال التوثق لا يتحقق بدونه، وحيث استحق أصل التوثق بالعقد كان له المطالبة بالقبض الذي أمر الله به، ومن انقضاء مقتضي العقد لا يقتضيه، ولا سبب غيره. والارشاد إلى التوثق بالقبض في الآية لا يدل على كون ذلك مستحقاً للمرتهن على الراهن بمجرد العقد.

قوله: (وقيل: يشترط فيجب إذن الراهن فيه).

أي: قيل: إن القبض شرط في الرهن، أي: معتبر فيه على أنه جره لسبب، فيجب إذن سرائر فيه، أي: فيشترط لصحته ذب الراهن، لأن القبض بدونه غير مستحق، إذ لم تحصل الرهانة إلى الآن فيكون عدو، وما هذا شأنه كيف يكون معتبراً في السبب المشروط بالتراضي؟

قوله: (ولو قبض من دون اذنه...).

هذا كله تصريح على أن القبض شرط كم في الهبة، والمعتمد خلافه.

قوله: (ولا تشترط الاستدامة).

أي: على شيء من القولين عندنا.

قوله: (ويكفي الاستصحاب، هو كان في يد المرتهن لم يفترق إلى تجديد قبض، ولا مضي زمان يمكن فيه).

بناء على اشتراط القبض يكفي استصحابه قبل العقد، لتحقيق تمامية



ولو باع من المستودع دخل في ضمانه بمجرد اسيع، والأقرب  
زوال الضمان بالعقد لو كان غصباً.

السبب، لأن استدامة قبض قبض، فيصدق عليه أنه رهن مقبوض. ولا دليل  
يقتضي كون القبض واقعاً بعد لرهانة، فيكتفي بالقبض المقارن للعقد، فلا  
يشترط مضي زمان يمكن فيه.

وربما قيل باشتراط مضي الزمان؛ لأن الأمر بالنقصان من على اعتبار  
القبض بالعص مطابقة، وعلى اعتبار مضي زمان إما لا يشرم أو بالاقتضاء.  
وإذا تعذر المعنى المطابق، لا امتناع فخصيصاً لحاصل. ففي المعنى الآخر. وضعفه  
ظاهر؛ لأن الزمان المدلول عليه ما كان من توابع القصد. وقد حققنا أن القصد  
المقارن لزمان كافٍ في الامتثال فلا معنى لاعتبار مضي الزمان بعده، نعم لو كان  
تأخره عن العقد معتبراً لوجب اعتبار مضي الزمان.

قوله: (ولو باع من المستودع دخل في ضمانه بمجرد لسع).

المستودع بفتح الدال، وهذا من لاحكام الاستطرادية، وحاصله: أنه لما  
كان القبض المقارن للعقد، كافياً في صحة الرهن، لكونه معتبراً، وجب الاكتفاء  
به في القبض المعتري البيع، فيتحقق بمقارنته للعقد دخول المبيع في ضمان  
المستودع لو كان هو المشتري.

قوله: (والأقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصباً).

أي: لو كان ما الرهن منصوباً، فرهته مالكة عند العاصب فالأقرب  
زوال الضمان بمجرد العقد، وانظر أن هذا بناء على ما اختاره المصنف، من أن  
القبض ليس شرطاً في الرهن؛ لظاهر قوله: (بالعقد).

ووجه القرب: أن الرهن يقتضي كون الرهن مأموناً في إبقائه في يد  
المرتبه، وفيه منع طاهر. وأن الرهن مسمي على كونه أمانة في يد المرتبه، وهذا  
تحقق يقتضي للائتمان ارتفع بفساد؛ لأن وجود أحد المتأمنين يقتضي رفع  
الآخر. وفيه نظر لما سيأتي من منع التناهي.

ويحتمل الضمان، لأن الابتداء أضعف من الاستدامة، ويمكن اجتماعه مع الرهن كما لو تعدى المرتين فيه، فلئن لا يرفع ابتداء الرهن دوام الضمان أولى.

قوله: (ويحتمل الضمان؛ لأن الابتداء أضعف من الاستدامة، ويمكن اجتماعه مع الرهن، كما لو تعدى المرتين فيه، فلئن لا يرفع ابتداء الرهن، دوام الضمان أولى).

هذا الاحتمال اختيار الشيخ في الخلاف<sup>(١)</sup>، والبسوط<sup>(٢)</sup>، ويناسب أن يكون توجيهه هذا، سنداً لمنع التنافي المدعى في وجه القرب.

ونحقيقه أن يقال: أن لا نسلم أن الرهن يتأني الضمان؛ لأن الرهن قد يكون أمانة، وقد يكون مضموناً فيجتمعان، وحيث كان الابتداء أضعف من الاستدامة، ساء على أن الباقي مستغن عن المؤثر فإن المستدأ - أعني المحدث - محتاج إليه، والمستغني أقوى من المحتاج ضرورة، فمضى هذا يكون دوام الرهن أقوى من ابتدائه، كما أن ابتداء الضمان أضعف من استدامته.

وإذا طرأ الضمان - مع ضعفه بالتعدي - على استدامة الرهن، ولم تكن الرهانة - مع قوتها - رافعة للضمان، فنحن لا نرمع الرهانة المبتدأة الصعبة دوام الضمان الذي هو أقوى من ابتدائه أولى، فيكون سنداً للمنع بابلغ الوجهين، إذ يكفي فيه أن يقال: لا نسلم التنافي، لإمكان اجتماعها فيما إذا تعدى المرتين.

ويمكن أن يجعل هذا دليلاً بالاستقلال على الاحتمال الذي هو مذهب الشيخ<sup>(٣)</sup>، بأن يقال: الضمان مع الرهن في المعصوب باق، لأن دوام الرهن مع قوته لا يرفع ابتداء الضمان مع ضعفه، فنحن لا يرفع ابتداء الرهن الضعيف الضمان المستدام القوي بطريق أولى.

ولما كان هذا مبنياً على أحد القولين في المسألة الكلامية، اقتضى ابتداء

(١) الخلاف ٢: ٥٨ مسألة ١٧ كتاب الرهن.

(٢) البسوط ٢: ٢٠٤.

(٣) البسوط ٢: ٢٠٤.

## ولو أودع الغاصب أو أجره فالأقرب زوال الضمان،

الحكم في المسألة بعدم زوال الضمان عليه، مع أنه لا حاجة الى هذا البناء، للاكتفاء بمنع التنافي، واسناد المصنف بما ذكر.

ويمكن الاستدلال أيضاً بظاهر قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»<sup>(١)</sup> فإنه لو زال لضمان بمجرد العقد، لم تكن الغاية المذكورة في الحديث غاية، ولوجوب استصحاب ما كان قبل الرهن الى أن يحصل اساقط، وهذا القول أصح.

إذا عرفت هذا، فالشارح ولم المصنف يظهر من كلامه أن المسألة مفروضة فيما إذا أذن الراهن في إبقائه في يد الغاصب<sup>(٢)</sup>، والمباراة تنافي ذلك؛ لظاهر قوله: (بمجرد العقد).

وذكر أيضاً أن في توجيه المصنف بطلان، وما ذكره غير طاهر، لكن لو أذن الراهن للغاصب في القبض، ففي زوال الضمان نظراً، ينشأ: من أن ذلك هل يعد استمارة في اليد، أم لا؟ وهو موضع اشكال.

قوله: (ولو أودع الغاصب، أو أجره فالأقرب زوال الضمان).

وجه القرب: أن كلاً منها أمانة، وهي منافية للضمان، ويحتمل ثبوته لما ذكر في الرهن.

والتحقيق أن يقال: إن الضمان ثابت إلى أن يؤدي العين إلى مالكها، كما دل عليه الحديث<sup>(٣)</sup>. ثم يروى. وتتحقق التأدية إلى المالك، بالتأدية إلى وكيله في الحفظ وثبات اليد.

وحينئذ، فكل موضع يجعل المالك الغاصب فيه نائباً له في الحفظ، وثبات اليد عليه يجب أن يروى الضمان، وما لا فلا.

ولما كان المستودع مستنداً في الحفظ، وثبات اليد عن المالك لمحض

(١) عوالي اللآلي ٣: ٢٤٦ حديث ٢، المستدرک للحاكم ٢: ٤٧.

(٢) إصباح الفوائد ٢: ٢٦.

(٣) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤ حديث ١٠٦، سنن البيهقي ٦: ٩٥.

وفي العارية ولتوكيل بالبيع أو الاعتاق نظر. ولو أبرأ الغاصب عن ضمان لعصب والمال في يده فشكّل، منشؤه: الإبراء مما لم يجب، ووجود سبب وجوبه؛ لأن الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف. والأقرب أنه لا يبرأ، ولا تصير يده يد أمانة.

مصلحته كانت يده يد المالك، فوجب زوال الضمان الثابت على الغاصب بإيداعه، لكون المال حينئذ معدوداً في يد المالك، لأن يد المستودع مضمضة للمستودع في مصلحة الحفظ، ومع ذلك فإن مستودع بالتعدي يخرج عن كونه مستودعاً.

وأما المستأجر فإن يده وإن كانت في الأصل يد أمانة، إلا أن الضمان قد يجامع يد المستأجر إذا تعدى، وليست يد نيابة عن المالك في الحفظ، إنما هي يد استيفاء للمنفعة، فهي لمصلحة المستأجر، فوجب أن يبقى الضمان معها إلى أن تتحقق التأدية إلى المالك بنفسه أو وكيه، كما دل عليه الحديث<sup>(١)</sup>.

قوله: (وفي لعارية، والتوكيل بالبيع، واعتاق نظر).

ينشأ من أنها أمانة، وهي منافية بضمان، ولأن العارية كالإحارة في التسليط على الانتفاع، والتوكيل كالوديعة في الاستئابة في الحفظ، ومن أن لعارية لا تنافي الضمان كما في بعض قسامه، ومع اشتراط الضمان مطلقاً.

وكذا القول في التوكيل؛ لأن الوكيل إذا تعدى لا ينزع بمجرد التعدي، ولما سبق في الرهن، والظاهر عدم رول الضمان بها، نعم لو وكله في إثبات اليد مع التوكيل في البيع وعدمه فإن زوال الضمان هنا متعه.

قوله: (ولو أبرأ الغاصب من ضمان الغصب، والمال في يده فشكّل، منشؤه: الإبراء مما لم يجب، ووجود سبب وجوبه؛ لأن الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف).

إنما كان إبراء مما لم يجب؛ لأن الوجوب إنما يتعلق به عند التلف، لأن

العين مادامت موجودة، لا يتعلق بالثمة شيء سوى وجوب ردها، ومعلوم أن الإبراء ليس من هذا، إنما الإبراء من مقتضى الغصب، وهو ضمانها عند التلف.

فإن قلت: إذا كانت العين موجودة، فهذا أمران: وجوب ردها على الفور، ليكون يد الغاصب يد عدوان، وضمانها عند التلف، وهو أثر ذلك، فإذا أبرأه تعلق الإبراء بالأمر الأول، فيسقط الثاني وهو أثره.

قلت: الضمان أثر يد العدوان، لا أثر وجوب الرد على الفور، والإبراء إما يسقط به الحق الثابت في الثمة، لا كون اليد يد عدوان، ونحوه. وإنما يرول عدوان اليد، بأن تصير يد أمانة، ولا تدخل للإبراء في ذلك، ومادام وصف العدوان ثابتاً فالضمان بماله.

وما ذكره في توجيه الوجه لثاني من وجهي الاشكال لا يحصل له؛ لأن وجود سبب وجوب الشيء لا يقتضي صحة تعلق الإبراء بذلك الشيء، الذي لا تحقق له، فلهذا كان الأقرب أنه لا يبرأ بذلك، ولا تصير يده يد أمانة، وإنما يبرأ بالرد إليه، أو بأن يستتبعه في الحفظ عنه، وإثبات اليد على الطاهري الثاني، لأن يده يده حينئذ.

ولا يقال: إن التأدية غير صادقة على هذا، لأننا نقول: يكفي فيها التأدية بالاعتبار، فهو باعتبار كونه غاصباً مؤد، وباعتبار كونه وكيلاً في إثبات اليد على المالك آخذ.

فإن قيل: قد اختار فيما سبق أن ضمان الغاصب يزول بالرهن، فكيف لا يزول بالإبراء؟

قلت: لو صح ذلك لم يكن بينه وبين هذا منافاة؛ لأن المقتضي للزوال هناك كون الرهن أمانة، وهو سبب غير الإبراء، ولا يمنع إمكان أحد السببين وامتناع الآخر.

أما المستعير المفرط والمشروط عيه لصمان، أو القابض بالسوم، أو الشراء الفاسد فالأقرب زوال الضمان عنهم بالارتهان؛ لأن ضمانهم أخف من ضمان الغاصب.

ولا يجبر الراهن على الاقباض، فهو رهن ولم يسلم لم يجبر عليه.

نعم لو كان شرطاً في بيع فلبائع الخيار،

قوله : (أما المستعير المفرط، أو المشروط عيه الضمان، أو القابض بالسوم أو الشراء الفاسد فالأقرب زوال الضمان عنهم بالارتهان؛ لأن ضمانهم أخف من ضمان الغاصب).

وقد سبق أن ضمان العاصية يزول بالارتهان، فهذا أول. وإنما كان ضمانهم أخف، لأن لورمه أقل، فإن الغاصب أتم، ولا يثبت له غير المفرط، وأثمه أخف.

و مشهور تضمين العاصي أعي القبر وتلفت العين، مؤاحدة له بأشق الأحوال، بخلافهم، ولا يصنعون المسافع، وهو ضامن لها، وحيث عرفت منع الحكم في الأصل حتى ثبوته عن الفرع.

قوله : (ولا يجبر الراهن على الاقباض).

هذا حزم بعد التردد؛ لأن الاشكال سابق في أن له المطالبة بالقبض، يقتضي التوقف في عدم الاجبار، فإنه متى استحق المطالبة به، اتجه أن يجبر الراهن عليه؛ لأنه حينئذ حق واجب عليه.

قوله : (فلورهن، ولم يسلم لم يجبر عيه).

سواء قلنا: الإقباض شرط صحة لرهن، أم لا. وفي العبارة منقشة؛ لأنه لا فرق بين هذا وبين ما فرغ عليه، وإنما هو عيه فلا يستقيم التفرع.

قوله : (نعم لو كان شرطاً في بيع فلبائع الخيار).

لأن التراضي بالعقد إنما وقع على هذا لشرط، وهل له المطالبة به حينئذ يجبر عليه أم لا؟ عبارته تحتمل كلاً من الأمرين، وما ذكره سابقاً في شرط

## وكيفيته كما تقدم.

العتق، من أنه لا يجبر عليه، يؤذن بأن الحكم هنا كذلك لأنها من قبيل واحد، وقد صرح شيخنا الشهيد بذلك (١).

ولأصح أن له لإحبار حينئذ؛ لأن مقتضى العقد اللزوم وحب الوفاء به، ولأن الإخلال بالشرط يقتضي المعصية، لقوله عليه السلام: «إلا من عصي الله»، وما كان الإخلال به معصية فعليه وحب، والحق الواجب للادمي يجبر عليه. نعم ينبغي أن يكون له الخيار بمجرد الامتناع، لا اتفاق على ثبوت الخيار بالامتناع، وقد الدليل المذكور على أن الخيار تعدد الإجبار.

## قوله: (وكيفيته كما تقدم)

أي: وكيفية القبض هنا كما تقدم في البيع، من اعتبار الأخذ باليد لما يؤخذ باليد، والسفل فيما يسفل، والتخلية فيما لا يسفل؛ لأن إيراد الاكتفاء فيه بالتخلية مطلقاً على قول، فيكون بخلاف هناك آتياً هنا، لما حكى عن القاضي من عدم الاكتفاء بالتخلية هنا (٢)، وإن قلد بالاكتفاء بها في البيع.

والفرق على ما ذكرناه: أن البيع يوجب استحقاق القبض، فتكمي فيه التخلية، بخلاف الرهن، فإن القبض سبب في استحقاق الأمر المترتب عليه، وفي هذا الفرق نظر، لعدم ظهور الملازمة.

ويمكن أن يفرق بوجه آخر، وهو: أن القبض لما كان جزء السبب هنا على القول باعتبارهما وجب فيه الأخذ والنقل؛ لاكتفاء المسمى بدونه. وفي البيع: لما كان المقصود به زوال الضمان عن البائع، وانقطاع سلطته حبسه إياه اكتفى بما تزول معه السلطنة، وهو رفع اليد والتخلية. وإن كان لا يتم هذا؛ لأن انقطاع سلطنة البائع، والدخول في ضمان المشتري يحتاج إلى تحقق مسمى القبض.

(١) الدروس: ٣٩٦.

(٢) قال السيد العاملي في مفتاح الكرامة ١٠٥: ١٥١: قد حكى الشهيد في حواشيه عن القاضي...

وإنما يصح القبض من كامل التصرف، وتجري فيه النيابة كالعقد، لكن لا يجوز للمرتهن استنابة الراهن. وهل له استنابة عبد الراهن ومستولده؟ اشكال يشأ: من أن أيديهم يده، ويستتنب مكاتبه.

قوله: (وإنما يصح من كامل التصرف).

لأن فعل غيره لا يعتد به شرعاً، فلا يكون مكملًا للسبب الشرعي.

قوله: (وتجزي في النيابة).

الأولى قراءته بالراء المهمة، إذ الإجزاء في مثل هذا الموضع إنما يستعمل بطريق المحاز؛ لأن متعلقه العبادات.

قوله: (لكن لا يجوز للمرتهن استنابة الراهن).

لأن القبض المعتبر على أنقول به، وهو ما به يتحقق معنى الاستيثاق، وذلك قبض لمرتهن، ووكيله دون الراهن، إذ لا يظهر بقبضه معنى الاستيثاق. ويضيقف: بأن القبض إن أريد به الدوم، فهو غير معتبر أصلاً، أو مسماه، وهذا مع أنه لا يحصل به كمال معنى الاستيثاق، يصدق في قبض الراهن عن المرتهن؛ لأنه بالوكالة عنه تصير يده يده، فيكون مقبضاً لكونه راهناً، وقاصداً لكونه وكيل المرتهن. ولأصح جواز استنابته به، واختاره في التحرير<sup>(١)</sup>.

قوله: (وهل له استنابة عبد الرهن، ومستولده؟ اشكال، يشأ: من أن يدهم يده).

ومن مغايرتها للراهن، والأصح الاكتفاء باستنابته. وكأنه حوون ادراج الفن والفنة والمدبر بقوه: (عبد الراهن)، حتى تكون عبارته شاملة لأقسام المملوك.

قوله: (ويستتنب مكاتبه).

سواء كانت الكتانة مطلقة أو مشروطة؛ لانقطاع سلطنة المولى عنه.



وكل تصرف يزيل المملك قبل القبض فهو رجوع كالبيع،  
والعتق، والإصداق، والرهن من أحرع القبض، والكتابة، ويلحق به  
الإحبال، وإن لم يُزل فلا ك لوطء من دون الإحبال أو التزويج،  
والاجارة، والتدير.

ولو انقلب خراً قبل لقبض فالأقرب الخروج، ولو عاد افتقر الى

قوله: (وكل تصرف يزيل الملك قبل القبض فهو رجوع كالبيع،  
والعتق، والإصداق، والرهن من أحرع القبض).

اذ لا حكم له مدونه لكونه شرطاً. وفي عدها من التصرفات المربة  
للملك مناقشة طاهرة، لكن لما كان الرهن إذا تم أعاد مع الراهن من التصرف،  
اشبه المزيل للملك في بيع التصرف بالإقراض عن الراهن السابق، فيبطل العقد  
السابق.

ولا تحسر قراءته بالرفع، عن أنه مبتدأ محذوف الخبر تقديره. والرهن  
كذلك، لأنه يصير أجسماً بين قومه: (وكل تصرف يزيل الملك ...)، وبين  
معادله وهو قوله: (وإن لم يزل فلا).

قوله: (والكتابة، ويلحق به الإحبال).

لأن كلاً منها يبيع لمؤ من التصرف، وما أحسن قوله: (ويلحق به  
إحبال)، فانه لا يزيل الملك، وما يبيع التصرف للخروج عن الملك.  
قوله: (ولو انقلب خراً قبل القبض فالأقرب الخروج).  
أي: لو انقلب الرهن خراً، وقد كان خلاً أو عصبياً قبل القبض، بقاء  
على اشتراطه، وأمعن للمحذوفات السابق.

وفي قوله: (فالأقرب الخروج) مناقشة؛ لأن المصادر الخروج عن كونه  
رهنًا.

ويرد عليه: أنه لم يصبر رهنًا بعد، فكيف يتصور حروجه عن ذلك  
وعدمه، والمطلوب إما هو بطلان عقد الرهن، الواقع قبل الانقلاب من دون  
القبض، بحيث إذا عاد خلاً يحتاج في كونه رهنًا الى استئناف عقد آخر.

تجديد عقد، بخلاف ما لو انقلب خيراً بعد القبض فإنه يخرج عن الرهن ثم يعود إليه عند العود خلاً.

ووجه القرب: أن ما بقي - وهو قبض - جزء من أجزاء السبب، فيشترط فيه شروط ابتداء السبب، فكيف لا يصح ابتدائه على الخمر، لا يصح القبض وهو خمر. وفيه نظره لأنه لا يترتب من ذلك بطلان بالانقلاب، وإنما اللازم عدم حوز القبض في حال كونه خيراً، وهو خلاف المتنازع، ولأن الانقلاب خيراً موجب للخروج عن المدك.

ومعنى تحمل بين أجزاء السبب مبطل للملك بطل؛ لخروج الجزء الحاصل عن الصلاحية بذلك. وفيه أيضاً نظره لتصرف المبيع فيه، ولم لا يجوز أن يبقى العقد الواقع قبل الحمرة على الصلاحية، أي أن يتصل القبض إليه بعدها؟ وما قرره المصنف هو مذهب معظم القائلين باشتراط القبض في الرهن، بل لا نجد الآن من يقول بعدم البطلان من اشتراط القبض في الرهن.

والمصنف في التحرير أسد السلاسل، وعدم العود بزوال الحمرة إلى القائلين باشتراط القبض<sup>(١)</sup>، وصرح في الدروس بعدم العود<sup>(٢)</sup>، وحكى ذلك ولد المصنف في الشرح عن الشيخ، وأبي الصلاح<sup>(٣)</sup>. وهذا الفرع سقط عندنا، إذ لا نشترط القبض.

واعلم أن قوله: (ولو عاد افتقر إلى تجديد عقد) بيان لحكم المسألة، الذي هو المراد من قوله: (فالأقرب الخروج)، إذ الخروج عن الرهانة في حال الحمرة لا شبهة فيه، إنما المطلوب أنه هل يعود بعوده خلاً أو عصبياً، أم لا؟

قوله: (أما لو انقلب خيراً بعد القبض، فإنه يخرج عن الرهن، ثم يعود إليه عند العود خلاً).

أما الحكم الأول، فلأن الخمر ليس مالاً، فيمتنع كونه رهناً ووثيقة،

(١) تحرير الأحكام: ٢٠٣.

(٢) الدروس: ٣٩٦.

(٣) أصبح مؤلفه ٢: ٢٩، والشيخ في البسوط ٢: ٢١٤، وأبو الصلاح في الكافي في سفته:

ولا يجوز اقباضه وهو خمر، ولا يحرم الامساك ، ولا العلاج ، ولا النقل الى الشمس.

ولو رهن الغائب لم يصبر رهناً حتى يقبضه هو أو وكيله، وبحكم على الراهن لو أقر بالاقباص ما لم يعصم كدنه، فإن دعى الموطأة فله الاحلاف.

فيخرج لا بحالة.

وأما الحكم الثاني، فلأن الملك وإن زال إلا أن توافقه باقية، وهي الأولوية، ولهذا لا يجوز عصبه، ولا إرافته بدون رضى من هي بيده. فكما أن الأولوية باعتبار الملك باقية، وإن خرجت عن الملك فيعود به بالعود، فكذا الأولوية باعتبار لتوثيق باقية، تثبت الرهن واستكمالها واصالة عدم الروا اصلها. فيعود بالعود.

قوله : ( ولا يجوز اقباضه وهو خمر ).

لما بينا من أن جزء السبب يعتبر فيه ما يعتبر في ابتدائه.

قوله : ( ولو رهن الغائب لم يصبر رهناً حتى يقبضه هو أو وكيله ).

هذا الحكم مبني على اشتراط لقبض في الرهن، وحيث لا بد في حصول الرهن من عود الغائب الى موضع سرهن، ليتصور قبضه ياه عادة، أو توكيله في القبض لمن كان قريباً، بحيث يتمكن منه، سوء في ذلك ما يفعل وغيره، نص على ذلك الأصحاب<sup>(١)</sup> وغيرهم<sup>(٢)(٣)</sup>.

قال المصنف في التذكرة: يقبل اقرار الرهن بالقبض ويلزمه حكمه بشرط

(١) منهم: المحقق في شرائع ٢: ٧٥، وابن سبيد في الجامع لشرائع: ٢٨٩

(٢) منهم: الشافعي وأبو حنيفة كما في المصنف لابن قدامة ٤: ٣٩٩ مسألة ٣٢٧٥

(٣) (فرع: لو كان الرهون في بلاد بعيدة عن موضع المتعاقدين، فمن يكفي في الاقباص هو مجرد لفظ التخليه، أم لا بد من القرب الذي يتمكن منه من التصرف؟ صريح كلام التذكرة عدم تصور القبض مع تبعد، فانه قال: يقبل اقرار الرهن بالقبض ويلزمه حكمه بشرط الامكان).

هكذا ورد في النسخة الخيرية على أنه نسخة بدل.

ولا يجوز تسليم المشاع إلا بإذن شريك ، فلو سلم بدونه ففي الاكتفاء به في الانعقاد نظر، أقربه ذلك ؛ للقبض وإن تعدى في غير الرهن.

ولورضي الراهن والمرتن بكونها في يد الشريك جاز.

الإمكان، ولا يقل لو دعى المالك، كما لو قل: رهته داري اليوم بالحجار، وهذا بالعرق، واقتضتها ياء، لم يلتفت إليه<sup>(١)</sup>.

وقال شيخنا في الدروس: لو أقر الراهن بالقبض حكم عليه به، إلا أن يعم عدمه، مثل أن يقول عمكة: رهته ليوم داري بصر و قبضته، لأن حرق العادة يسحق بالمحال<sup>(٢)</sup>، وبحو ذلك مذكور في كلام غيرهم. ووجهه. أن قبض الشيء لا ينقل يكون بالانسلط عليه بحيث يدحس تحت اليد، ومع عدم عادة يمنع ذلك فشرط لصحته شرعاً أقرب عدة، ولو قلنا بعدم اشتراط القبض في الرهن سقط ذلك.

قوله: (ولا يجوز تسليم المشاع، إلا بذن الشريك ، فلو سلم بدونه، ففي الاكتفاء به في الانعقاد نظر، أقربه ذلك ؛ للقبض وإن تعدى في غير الرهن).

مشأ النظر. أن ذلك قبض مهي عنه شرعاً، فلا يكون معتبراً، ومن أن الهي يند هو لحق الشريك فقط، لئلا في قبض حق اراهن. وربما بني الحكم في ذلك ، على أن الهي في غير العباداة هل يدل على الفساد أم لا؟ ووجه ابياء أنه إن لم يدل كن لقبض صحيحاً، فيقع عليه اسمه حقيقة، والأصح الاكتفاء به.

ولمرد بقول المصنف: (للقبض)، حصول القبض المعتبر شرعاً.

قوله: (ولورضي الراهن والمرتن بكونها في يد الشريك جاز).

(١) التذكرة ٢: ٤٣

(٢) الدروس ٣٩٧

وناب عنه في القبض.

ولو تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلاً يكون في يده  
لها، فيكون قبضاً عن المرتهن.  
ولو تنازع الشريك والمرتهن في إمساكه انتزعه الحاكم، وآجره  
إن كان له أجرة ثم قسمها،

الصميري (بكوب) يعود في المشاع تأويل العين، ومثله حائر وواقع.

قوله: (وناب عنه في القبض).

أي: وببالشريك في هذه الحالة عن المرتهن في القبض، لكن لابد  
من ادن الراهن. وهل يكفي اذنه للشريك في القبض، وبمرتهن فيه أيضاً من  
دون أن يذن للمرتهن في توكليل الشريك أم لابد من دلالة فيه احتمال.  
وفي الاكتفاء قوة؛ لاستمرار الإذن لكل منها في القبض الادن للمرتهن في توكليل  
الشريك، نعم لو شرط عليه القبض بنفسه لم يكفي.

قوله: (ولو تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلاً يكون في  
يده لها، فيكون قبضاً عن المرتهن).

من مقتضى السياق أن تتنازع هاهنا في القبض، من أراد المرتهن  
القبض، وتنازع في ذلك فزعه شريك، وبهذا يفرق بينهما وبين المسألة التي  
تليها، وإن كان إطلاق العبارة واحلاؤها عن قيد صالحاً للتفديد بما يشتمل القبض  
والامساك.

ولا ريب في طول العبارة غير فائدة، وإما كان قصر العدل قبضاً عن  
المرتهن؛ لأنه ثابت عنه نصب الحاكم. ولابد من تقييد المسألة بكون الراهن قد  
أذن للمرتهن في القبض، وإلا لم يعتد بمنازعته.

قوله: (ولو تنازع الشريك والمرتهن في إمساكه انتزعه الحاكم،  
وآجره إن كان له أجرة، ثم قسمها).

التنازع هنا في الإمساك بعد القبض، وهو استدامة اليد، وكأنه إنما أراد

وإلا امتأمن من شاء.

ولو حجر عليه لفلس لم يكن له الإقباض؛ لاشتتماله على تخصيص بعض الغرماء.

ولو كانا ساكنين في الرهن فخفي بينه وبينها صح القبض مع خروج الراهن.

ولو اختلفا في القبض قدم قول من هو في يده.

هذا بخصوصه؛ لمد تضرع ثبوت الأجرة لزمان القبض لقصره، بخلاف زمان الإمساك، ولا يحصل لذلك، لأن اشتراط ثبوت الأجرة عنه يدفع ذلك.

فلو قال: ولو تنازع الشريك والمرتهن، وأجره إن كان له أجرة، وإلا نصب عدلاً ليكون في يده لهما، لكانت أخصر وتؤدي به المراد.

قوله: (وإلا امتأمن من شاء).

أي: وإن لم يكن له أجرة إلى آخره.

قوله: (ولو حجر عليه لفلس لم يكن له الإقباض).

أي: لو حجر على الراهن لفلس، قبل إقباض المرتهن وبعد العقد لم يكن له الإقباض إلى آخره، ولو أقبض لم يعتد به، ولم يتم به الرهن، لما فيه من تصيير حق الغرماء الباقيين.

قوله: (ولو كانا ساكنين في الرهن، فخفي بينه وبينها صح القبض مع خروج الراهن).

هو لم يخرج لم يصح؛ لثبوت يده عن الرهن حينئذ، وهو مناف للتخلية والضمير في (بينها) يعود إلى الرهن، وتأويل مدار.

قوله: (ولو اختلفا في القبض قدم قول من هو في يده).

سواء كان في يد الراهن أم المرتهن. ويحتمل تقييد التقديم في العبارة بما إذا كان في يد المرتهن فاسد، ويرشد إليه قوله بعد: (احتمل ذلك) إذ لا مقتضي للتخصيص هاهنا عملاً بالأصل لو كان في يد الراهن، وبظاهر حال

ولو اختلعا في لادن احتمل ذلك ، وتصديق الراهن مع اليقين .  
ولو تلف بعض الرهن قبل القبض ، وكان الرهن شرطاً في البيع  
تختير البائع بين الفسخ والقبول للباقي ، وليس له المطالبة ببذل التالف ،  
ويكون الباقي رهناً بجميعه ، ولا خيار لو تلف بعد القبض ، وكذا  
يتخير البائع بتعيب العين قبل انقضاء كانهدام الدر . وهذه الفروع

اليد لو كان في يد المرتهن ، من ثباتها بد شرعة واقعة بالادن . وليس بشيء ، إذ  
الأصل بعد تحقق كون العين ملكاً للراهن ، كون اليد الطرئة يد عدوان ، إذ  
الأصل عدم ادن المالك قطعاً  
هذا إن كان المراد تقديم قول من هو في يده ، حيث لا يعلم سبق الادن .  
فإن قيدت لمسأله ، بما إذا علم سبق الادن فسد الكلام ، إذ لا معنى للتقديم ولا  
للزاع بعد تحقق اليد وسبق الأذن ، ولأن المراد التقديم بالنسبة ، وهو غلط على هذا  
التقدير .

قوله : ( ولو اختلعا في الادن احتمل ذلك ) .

أي . تقديم قول من هو في يده ، ووجهه : أن الأصل في اليد كونها شرعية  
بالادن . وليس بشيء ، لأن ذلك في اليد التي لم يعلم ما يدعيها .  
وأما إذا علم سبق استحقاق شخص آخر ، والأصل عدم الإدن ،  
والأصل عدم كونها شرعية كما هو ظاهر .

قوله : ( وتصديق الراهن مع اليقين ) .

أي : واحتمل تصديق الراهن إلى آخره ، وهو الأصح ؛ لأن الأصل في  
طرقه .

قوله : ( وليس له المطالبة ببذل التالف ) .

لأن الرهن لم يتم ، والاشتراط إما تعلق بالعين ، وقد تعذر بعضها بتلفه .

قوله : ( ولا خيار لو تلف بعد القبض ) .

الفرق : تحقق حصول الشرط في الشيء دون الأول ، سواء على أن القبض

شروط لانعقاد الرهن .

كلها ساقطة عندنا؛ لعدم اشتراط القبض، نعم لو شرطه وجب.

### فروع :

أ: لو شرطاً وضعه على يد غيره لم يزم، ويشترط فيه كونه ممن يجوز توكيله، وهو الجائر التصرف ويد كان كاهراً أو فاسقاً أو مكاتباً لكن يجعل، لا صبيّاً ولا عبداً إلا بإذن مولاه.

ب: لو جعلاه على يد عديّن جار، وليس لأحدهما لتفرد به ولا

ببعضه.

ولو سلّمه أحدهما الى الآخر ضمن النصف.

### قوله : (نعم لو شرطه وجب)

هذا ينفي ما ذكرناه من أن الشرط في العقد لازم لا يجب، وإنما يسلط المشتري على الفسخ بالاحلال به.

لكن قد ذكرنا فيما سبق، أن وجوبه من مقتضات العقد، الذي يجب الوفاء به، فيثبت قوله: (أو مكاتباً، لكن يجب)؛ لأنه محجور عليه في ماله، لا يجوز به صرفها في غير الاكتساب.

ويجب في الجعل أن يكون بقدر أجره لمثل، لمثل ما قلناه. ولو ادن له المولى زال الجهر؛ لأن الحق دائر بينهما.

قوله : (لو جعلاه على يد عديّن جار، وليس لأحدهما التفرد به ولا ببعضه).

هذا إذا اشترطاً عليها الاجتماع، أو اطلقاً عملاً بظاهر الحال من اختيار الاثنين، لعدم لاكتفاء بحفظ الواحد، فإن اذنا لها في الانفراد فعلى حسب الاذن.

قوله : (ولو سلّمه أحدهما الى الآخر ضمن النصف).

لأنها بمنزلة أمين واحد، ولأن الواجب عوض واحد، وهما متساويان في ثبوت سبب الضمان، لأن أحدهما متعد ولاخر مفرد، وليس بشيء؛ لأن



ويحتمل أن يضمن كل منها في الجميع، ففي استقراره على أيها كان اشكال.

تساويها في ثبوت سبب الضمان لا يقتضي التقييد. وجمع كونها بمنزلة أمين واحد، بل كل واحد أمين مستقل على الجميع، غاية ما في الباب، أنه قد شرط عليه انضمام يد أحدهما إلى يد الآخر، وحفظه إلى حفظه.

قوله: (ويحتمل أن يضمن كل منها الجميع).

وهو الأصح؛ لأن كل واحد منها أمين على الجميع، وقد حصل منه

سبب الضمان، فيتخير المالك في تعيين من شاء منها

قوله: (ففي استقراره على أيها اشكال).

أي: فعلى هذا لا حتم، وهو ضمان كل منها الجميع على طريق الدل، فعلى أي العدلين يستقر الضمان؟ فيه اشكال يشأ: من أن المسلم مصع بتسليمه، والمتسلم حافط فقد عمى بمقتضى الاستئمان، فيكون قرار الضمان على المسلم.

ويستغف بأنه لو تم لم يجر الرجوع عليه بشيء أصلاً، وليس كذلك، من يده يد عدوان؛ لأن الادن لأحدهما في وضع اليد إما هو مع يد الآخر.

ومن أن المسلم مصرط، والمتسلم عاد، والعدوان أقوى، لأن العادي مباشر للتلغ، والآخر مسب ومعد. وليس بشيء؛ لأن كلاً من التمريض والتعدي سبب مستقل في الضمان، ولكل منها يد على العين، فإذا تلقت كل التلغ مضموناً على كل منها.

ويحتمل وجهاً ثالثاً، وهو أن كل من ضمنه المالك قرار الضمان عليه فلا يرجع على أحد، لما قلناه من اشتراكها في حصول سبب الضمان. ويظهر من كلام الشارحين: أن وجهي الاشكال هو الأول والثالث<sup>(١)</sup>، والعبارة تأباه، كما يظهر مما قدمناه.

ج: ليس لأحدهما، ولا لهماكم نقله عن العدل الذي اتفقا عليه  
 ما دام على العدالة، ولم يحدث له عداوة.  
 ولو اتفقا على النقل جاز، فإن تغيرت حاله أوجب طالب النقل،  
 فإن اتفقا على غيره، وإلا وضعه لهماكم عند ثقة.  
 ولو اختلفا في التغير عمل لهماكم على ما يظهر بعد البحث.  
 ولو كان في يد المرتن فتغيرت حاله في الثقة، أو الحفظ نقله  
 لهماكم إلى ثقة.  
 ولو مات العدل نقله إلى من يتفقان عليه، فإن اختلفا نقله  
 لهماكم.

وهكذا بخط شيخنا الشهيد <sup>عليه السلام</sup> كان قال في بعض حواشيه إن مشأ  
 الاشكال من احتمال الوجهين الأولين، قال: وذكر بعض ثالث لي آخره.  
 واعلم أن لي في أصل هذا لا شك نظراً لأن المعروف في المذهب في  
 أبواب العصب وغيرها: أنه إذا استوى شخصان في إثبات اليد عدوياً وفي العلم  
 بذلك وانعزداً أحدهما بوقوع التلف في يده، أب قرار الصمان عليه.

قوله: (ما دام على العدالة، ولم يحدث له عداوة).  
 أي: عداوة دنيوية على الظاهر، فلا يثبت أن يرتكب بعض الحيل  
 المترتب عليها صرراً أحدهما، ويكفي في العداوة عدوته لأحدهما.  
 وبمجرد حصول العداوة لا يخرج عن العدالة، ما لم يفعل فعلاً من  
 مقتضيات العداوة يوجب الفسق. ومن هذا يعلم أنه من أول الأمر لا ينعقد  
 الشرط مع العداوة، ولا يسوغ لهماكم استئذان من كان عدواً لصاحب الأمانة.  
 قوله: (ولو كان في يد المرتن، فتغيرت حاله في الثقة أو الحفظ  
 نقله لهماكم إلى ثقة).  
 لا يخفى أن لهماكم إنما ينقله مع اختلافهما، أما مع تراضيهما فلا.

ولو كان المرتهن اثنين، فمات أحدهما ضم الحاكم الى الآخر عدلاً للحفظ.

د: للعدل رده عليها لا على أحدهما إلا باتفاق الآخر، أو الى من يتفقان عليه، ويجب عليها قبوله.

ولو سلمه الى الحاكم، أو الى أمين مع وجودهما وقبولها للقبض من غير إذن ضمن، فإن احتجها عنه سلمه الى الحاكم.

ولو كانا غائبين، أو أحدهما لم يجز له تسليمه الى الحاكم ولا غيره، من غير ضرورة فيضمن.

ومع الحاجة سلمه الى الحاكم، أو الى من يأذن له، فإن سلمه الى الثقة من غير إذن الحاكم ضمن.

ولو تعذر الحاكم، وانقر الى الإيداع أودع من ثقة ولا ضمان.

هـ: لو لم يمتنع من قبض، فدفعه الى عدل بغير إذنها ضمن.

ولو أذن له الحاكم ضمن أيضاً؛ لانتفاء ولايته عن غير الممتنع، ويضمن القابض أيضاً.

قوله: (وإن كان المرتهن اثنين، فمات أحدهما ضم الحاكم عدلاً للحفظ).

لا يفتي أن هذا حيث لا يكون كل منها ماذوناً له في الامتداد.

قوله: (ولو أذن له الحاكم ضمن أيضاً...).

أي: ضمن الدافع؛ لأن تسليمه حيث عدوان وإن اغتر بادن الحاكم، لكن في هذه الحالة يرجع على الحاكم إن تعمد، وإلا فهو من خطأ الحكام.

قوله: (ويضمن القابض أيضاً).

لأن بده عادية، ولا أثر لعدم علمه بالحال، لكنه مع الجهل يرجع على

ولو امتنع لم يضمن بالدفع إلى العدل مع الحاجة وتعذر الحاكم، فإن امتنع أحدهما فدفعه إلى الآخر ضمن. و لفرق: أن العدل يقبض لهما، والآخر يقبض لنفسه.

و: لو أمر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك، وللراهن فسخ الوكالة، إلا أن يكون شرطاً في عقد الرهن. وليس للمرتهن عزله؛ لأن العدل وكيل الراهن لكن ليس له البيع إلا بأذنه.

قوله: (والفرق: أن العدل يقبض لهما، والآخر يقبض لنفسه).

قيل عليه: لو قبض الآخر لنفسه وللآخر وجب أن يُجوز التسليم إليه. قلنا: قبضه لنفسه أو لهما مرفعه في قفله، وهو أمر خفي وليس هو المراد، وإنما المراد: أن العدل الأجسبي لما لم يكن له في العين حق فهو لا يقبض إلا لهما، لعدم ظهور ما يقتضي خلاف ذلك. وأما أحدهما فإن شأنه أن يقبض لنفسه، وهذا ظاهر حاله باعتبار أن له في العين حقاً، فلا يجوز تمكينه حينئذ منها، نظراً إلى هذا الظاهر.

قوله: (السادس: لو أمر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك).

صرح الأصحاب: بأنه لا بد لحوار البيع من ادن المرتن، لتعلق حقه بالعين من حيث كونه وثيقة، فلا يسوغ التصرف بها على وجه يعصي إلى إبطال التوثيق، ولأن البيع لحقه فيتوقف على أذنه<sup>(١)</sup>.

قوله: (وليس للمرتهن عزله؛ لأن العدل وكيل الراهن).

وذلك لأن المالك هو الراهن دون المرتن، وإن كان له حق التوثيق، فلا يكون له عزل الوكيل، لأنه نائب عن المالك، بل له منه لحقه وتقي وكالته بحالهما.

وتظهر الفائدة لو وكله في بيع - ولم يقيد بكونه لإداء دين الرهن - ثم حصل الافتكاك فإن الوكالة تقي.

ولولم يعزلاه لم يبيع عند الحلول إلا بتحديد اذن المرتهن؛ لأن البيع لحقه فلم يجز حتى يأذن فيه، ولا يفتقر الى تجديد اذن الراهن.  
ولو أئنف الرهن اجسبي فعليه القيمة، تكون رهناً في يد العدل، وله المطالبة بها. وهل له بيعه بالاذن في بيع الأصل؟ الأقرب المنع.

قوله: (ولولم يعزلاه لم يبيع عند الحلول، إلا بتحديد اذن المرتهن؛ لأن البيع لحقه، فلم يجز حتى يأذن فيه).

في سدد نفسي لعل اليها توسع ين، فان المرتهن ييس له عزله كما عم عن قريب، وربما المراد بعدم العرب بالاضافة الى المرتهن، عدم المنع من البيع. ولا يخفى ضعف إير ذكره من التعميل، فان كون البيع حقه لا يستلزم وجوب تجديد الادن، استصحاباً لما كان كما في الراهن، وانعرق غير طاهر، لكن الشيخ ذكر ذلك (١) وكتبه الجماعة.

قوله: (ولو أئنف الرهن اجسبي فعليه القيمة، تكون رهناً في يد العدل).

هد الحكم في الرهن المشروط وضعه على يد عدل في العقد، وإنما ثبت كونه في يد العدل؛ لأن القيمة بدل من العين المرهونة، وقائمة مقامها في الرهن. قوله: (وله المطالبة بها).

لأنه أمين في حفظها، وذلك حق له وسلطنة.

قوله: (وهل له بيعها بالإذن في بيع الأصل؟ الأقرب المنع).

وجه القرب: أن الوكالة بالبيع إما كانت في العين، وقد ذهبت ولم تتعلق بالقيمة، ولا دل دليل على تعلقها بها. ويحتمل أن له ذلك، لمثل ما قلناه في ثبوت الاستثمان في القيمة، كما كان في الأصل.

والفرق: أن الاستثمان محض نفع، اد هو حفظ للعين وصيانة لها، فلا

(١) للبوط ٢: ٢١٧.

(٢) منهم: الشهيد للروس: ٤٠٠.

ن: لو عينا له ثمناً لم يجز به التعدي، فإن اختلعا لم يشتت اليها،  
إذ للراهن حق ملكية الثمن، وللمرتهن حق الوثيقة، فيبيعه بأمر الحاكم  
بنقد البلد، وافق الحق أو قول أحدهما أو لا، فإن تعدد فبالأغلب، فإن  
تساويا فبمساوي الحق، وإن بينهما عتين له الحاكم. ولو باعه نسيئة لم  
يصح إلا بإذن.

ح: كل موضع يحكم فيه ببطلان لبيع يجب رد المبيع، فإن تلف  
تخير المرتهن في الرجوع على من شاء من العدل والمشتري

يحتاج الى مزيد احتياط، بخلاف البيع لأنه معرض لحصول الضرر، وحاله ليس  
كحال الحفظ، فلا يكفي في جواره بالسبب الضعيف، بل لابد من رعاية  
الاحتياط بتعدد لاذن، وهو الأصح.  
قوله: (لو عينا له ثمناً لم يجز له لتعدي).

هذا في جانب النقص، أما الزيادة فيسيأتي في الوكالة: أنه يجوز البيع  
بزيادة عما قال الموكل، لكن هذا حيث لا يمنع من الزيادة.  
قوله: (فإن تعدد فبالأغلب).

أي: فإن تعدد النقد، كما هو صدر الأمر بالبيع بمائة درهم، ولدراهم  
متعددة، وهذا صالح لما اذا عينا الثمن، وما اذا اختلعا فعين الحاكم، وإن كان  
قوله بعد: (وإن باينها عتين له الحاكم) يشعر بعوده الى ما اذا عين له الحاكم اد  
مع التعدد وكون تعيين القدر منها يرجع اليها في تعيين لنقد.  
والضمير المثنى في قوله: (وإن باينها) يعود الى التقديس، والأول يعود الى  
الحق.

قوله: (فإن تلف تخير المرتهن في الرجوع على من شاء، من العدل  
والمشتري).

إن قيل: إن يد العدل يد أمانة، فكيف يضمن؟  
قننا: دفعه بالبيع القاسد غير مأذون به، اذ لا يتساوله العقد الصحيح

بالأقل من الدين والقيمة؛ لأنه يقبض قيمة الرهن مستوفياً لحقه لا رهناً، فإن فضل من القيمة عن الدين فللمراهن الرجوع به على من شاء من العدل والمشتري.

ولو استوفى المرتهن من المراهن دينه رجع المراهن بالقيمة على من شاء، ومتى ضمن العدل رجع به على المشتري، ولا يرجع المشتري عليه لو ضمن.

ط: لو عينا له قدرأ لم يجز بيعه بأقل، ولو اطلقا باع بضمن المثل، أو زيادة خاصة.

ولو باع بأقل مما لا يتغابى الناس به بطل البيع وضمن، ولو كان مما يتعابى به صح ولا ضمان.

والتسليم به، فيكون مضموناً حيث.

قوله: (بالأقل من الدين والقيمة؛ لأنه يقبض قيمة الرهن مستوفياً لحقه لا رهناً).

لأن العرض: أن لبيع بوفاء دينه، وذلك لا يكون إلأ بعد الحلول، والجار متعلق بالرجوع.

قوله: (ومتى ضمن العدل رجع به على المشتري، ولا يرجع المشتري عليه لو ضمن).

يجب أن يقرأ (ضمن) في الموضعين مشدداً مبنياً للمجهول، والفرق: أن تلف المبيع لما كان بيد المشتري كان قرار الضمان عليه.

قوله: (ولو باع بأقل مما لا يتغابى الناس به بطل البيع وضمن).

أي: مما لا يتسامع الناس به في غير بعض بعضاً، كقصان عشرين في المائة. والمرجع في ذلك العرف، فبضمن العين لو ذهبت للتعدي.

ي: لو تلف الثمن في يده من غير تفريط فلا ضمان، والأقرب أنه من ضمان الراهن؛ لأنه وكيله. ويحتمل المرتن؛ لأن البيع لأجله. ويقبل قوله مع اليمين لو ادعى التلف، ولو ادعى قبضه من المشتري وخالفاه احتمل المساواة؛ لأنه أمين فيبراً بيمينه دون لمشتري، وتقديم قولها؛ لأنها منكران.

قوله: (والأقرب أنه من ضمان الراهن؛ لأنه وكيله).

قد تقرر أنه وكيل الراهن في التصرف خاصة، إذ ليس للمرتن إلا حق الوثيقة كما سبق، فيكون قبضه له، فأبداً تلف بغير تفريط كان من مال الراهن، إذ لا ضمان على الأمين إذا لم يُفريط، وهذا هو الأصح.

قوله: (ويحتمل المرتن؛ لأن البيع لأجله).

أي: ويحتمل كونه من ضمان المرتن؛ لأن البيع لما كان لأجله كان وكيلاً له في قبض الثمن. وليس بشيء، إذ لا يلزم من كونه وكيلاً له في حفظ الرهن من جهة استحقاق الاستيثاق أن يكون له وكيلاً في قبض الثمن، وهو ظاهر.

قوله: (ويقبل قوله مع اليمين لو ادعى التلف).

حيث لا بينة، ولم يصدقه المالك لأنه أمين، فيقبل قوله باليمين، بناء على ظاهر حال المسلم من أداء الأمانة، ولأنه لو لا ذلك لأدى الحال إلى تنفير الناس من قول لوكلة، فيلزم ضيق الأحوال على الناس.

قوله: (ولو ادعى قبضه من المشتري، وخالفاه احتمل المساواة؛

لأنه أمين فيبراً بيمينه دون المشتري، وتقديم قولها؛ لأنها منكران).

أي: لو ادعى لعدل قبض الثمن من مشتري، وتلقه بغير تفريط، وإن لم يذكر في العبارة، لأن ما قيل يدل على إرادته.

(وخالفاه) أي: الراهن والمرتن، احتمل لمساواة للمسألة السابقة، في

قبول قوله بيمينه نظراً إلى كونه أميناً، فلا يختلف الحد في دعوى التلف بين كون



القبض معلوماً، أولاً، وإذا برئ بعدل يمينه - بطرأ قلماء - لم يلزم براءة المشتري من الدعوى؛ لأن يمين العدل إنما هو لدفع المرم عن نفسه بمقتضى قراره بالقص، لا لدفع الدعوى عن المشتري.

ولا يلزم من إقراره بالقص تحمقه؛ لإمكان كونه كادماً، فتبقى الدعوى على المشتري بحسبها، ولأن يمين شخص عن دعوى المتعلقة به لا يسقط الدعوى عن غيره. ويحتمل تقديم قولهم - أي الرهن والمرهن - لأنها مسكران. وفي هذا الاحتمال مناقشة؛ لأن تقديم قولها إن كان بالنسبة إلى تعيين العدل وليس بظاهراً؛ لأن العدل أمين، أو قوله في انتفاء المصدق. وأما إقراره بالقص، فإن كان مصداقاً فلا بحث في تصديقه في التلف بيمينه، وإن لم يكن مصداقاً فلا حاجة إلى حمله للتلف، وليس منحصراً في حياضها مع عدم أئنة، فيكون المرم على المشتري. هذا بالنسبة إلى العدل.

وأما بالنسبة إلى المشتري، فقد ذكر أنه على تقدير تصديق العدل في ذلك بيمينه لا يبرأ بذلك ولا يصدق باليمين، فالحال بالنسبة إليه منحصري عدم قبول قوله بيمينه، وإنما المصدق باليمين قولها، فلا معنى لهذا الاحتمال.

ويحتمل أن يكون الاحتمال الأول منزلاً على أن تصديق العدل في دعوى القبض والتلف بيمينه موجباً لبراءته وبراءة المشتري، لاستتزامه ذلك. بخلاف المشتري لو ادعى ذلك، فإنه لا يصدق باليمين، إلا أن هذا مستبعد من وجهين: الأول؛ بعده عن العبارة، فإنه لا يتبادر منها إلى الفهم، والتبادر خلافه، وفهمه منها يحتاج إلى تقدير حذف كثير.

الثاني. أن الحكم بحسب الوقع لا يطابق ذلك؛ لأن إقرار العدل بالقص لا يوجب القطع بوقوعه، شذفع الدعوى عن المشتري.

وربما حصلت اتهمه عند انزاهه والمرتهن في صدق العدل والمشتري في وقوع القبض، فلا تسقط الدعوى عنه. وأيضاً فإن يمين العدل إنما هو للحصول بالتلف؛ لأن القبض يكفي فيه إقراره، فلا يحتاج إلى يمين لأجله بالنسبة إليه،

يا: لو خرج الرهن مستحق فالعهد على الرهن لا العدل ان علم المشتري بوكالته فان علم بعد تلفه ثمن في يده رجع على الراهن.

لأنه بدون قراره بالقبض لا يتوجه عليه طلب الثمن، يدفعه عن نفسه بدعوى التلف واليمين عليه، فلا وجه حيل لشرده في قبول قوله في ذلك يمينه، والإتيان بالحكم حتمالاً. وبالجملة والعبرة لا نحو من شيء\*.

قوله: (لو خرج الرهن مستحقاً فبعده على الراهن لا العدل إن علم المشتري بوكالته).

حل العقد؛ لأنه لم يبايعه إلا على أنه نائب عن الغير، فكان العقد في الحقيقة من الراهن، واقصا من الثمن به وادخل وسيط ليس له في الاقباص اعتبار، حيث أن يده للغير نيابة عنه.

ولا يرد: أن تصميمه فيما لو ظهر السع وسداً، ونف المبيع في يد المشتري يقتضي التصمين هاء؛ لأنه هناك متعب بالتسليم، إذ ليس مأدوماً فيه، وليس يده يد نيابة عن الغير، وهما لا عدوان منه؛ لأن يده يد نيابة للغير، وتسلمه باذن المشتري لمالك المبيع، وإن كان المشتري إنما سَمَّ الثمن طناً منه أن البيع صحيح؛ لأن هذا لظن لا يحل بكون التسليم بالإذن في الجملة، ولا بكون التسليم بما هو للراهن في الحقيقة.

و لو كبل وسيط، فهو بمنزلة الناقد لو نقد ثمن وسمه لي البائع، والدلال سلم إليه أيضاً بالإذن فلا يتوجه عليه ضمان.

قوله: (فإن علم بعد تلف الثمن في يده، رجع على الراهن).

ينبغي أن يقرأ (علم) ميباً للمجهول، لئلا يتوهم عود الضمير إلى المشتري فيفسد المعنى؛ لأن العلم المؤثر من المشتري بكون العدل وكيلاً إنما هو حالة البيع - كما سيأتي - لا بعده. والمعنى: فإن علم الاستحقاق بعد تلف الثمن في يد العدل فالرجوع على الراهن؛ لأن القبض له كما يباه، لا على العدل.

ولو علم بعد دفع الثمن الى المرتن رجع المشتري عليه لا على العدل، ولورده بعيب رجع على الراهن خاصة لان العدل وكيل والمرتن قبض بحق.

ولو لم يعلم لمشتري بوكالة العدل حالة البيع فله الرجوع على العدل،

قوله: (ولو علم بعد دفع الثمن الى المرتن رجع المشتري عليه لا العدل).

ينبغي أن يقرأ (علم) منبأ للمجهول أيضاً مثل ما سبق، وإما استحق المشتري الرجوع على المرتن؛ لأنه قبض ما لا يستحقه، لكونه باقياً على ملك المشتري، لمعاد البيع. وأما عدم الرجوع على العدل فقد سبق تقريبه، وفي عبارة المصنف مسأحة، للعطف على الضمير المجرور بدون شرطه.

قوله: (ولورده بعيب رجع على الراهن خاصة؛ لأن لعدل وكيل والمرتن قبض بحق).

الفرق بين الرد بالعيب، وظهور الاستحقاق: أن الرد بالعيب يقتضي فسخ العقد الواقع من حبه على تقدير صحته، فلا يباي وقوعه صحيحاً، ومتى وقع العقد صحيحاً كان قبض مرتن للثمن بحق؛ لكونه ملك الراهن، وتعلق حكم الاستيثاق به، بخلاف ظهور الاستحقاق، فإن العقد المترتب عليه باطل، فلا يدخل الثمن في ملك راهن، فلا يصح قبض المرتن له.

قوله: (ولو لم يعلم المشتري بوكالة العدل حالة البيع فله الرجوع على العدل).

يمكن أن يكون هذا من أقسام مسألة العيب، كما يقتضيه باقي الكلام؛ لاختصاص باقيه بالعيب. ويمكن عوده الى الأولى، لأنه معادل لقوله: (إن علم المشتري) وهو المتبادر الى الفهم، لولا ما يقتضيه آخر الكلام.

ويرجع العدل على الراهن ان اعترف بالعيب او قامت به بينة،

ولا يبعد عوده الى كل من المسألتين، ولي الأولى بقربنة المعادلة، والى الثانية بمقتضى باقي الكلام.

اذا تقرر هذا، فعدم علم المشتري بوكنة العدل يقتضي كون معاوضة باعتقاده جارية بينها، وأن الثمن المدفوع اليه مملوك له، فيكون مضموناً عليه بمقتضى ذلك الاعتقاد.

وكذا كل وكيل باع مال غيره ولم يعلم المشتري، ويجيء في شرائه لغيره مثل ذلك، لكن قول المصنف: (حالة البيع) يقتضي أنه لو لم يعلم حالة البيع، لكن علم حال الاقباض للثمن بكونه وكيلاً يستحق الرجوع عليه. وفيه نظر؛ لأن الاقباض له لم يكن لنفسه فيكون مضموناً، بل للموكل، وهو الراهن، فيكون اعتبار يده بالنسبة اليه ساقطاً، اذ يده في الحقيقة إنما هي للراهن.

وفي التذكرة اطلق العبارة ولم يقيد بحالة البيع، فانه قال: فان كان العدل قد أعلم المشتري أنه وكيل الراهن، فإن المهددة على الراهن<sup>(١)</sup>، وفي هذا الاطلاق أيضاً شيء، وكأنه هنا بنى على ما هو الغالب، من أن الاقباض للثمن متصل بالعقد - خصوصاً في البيع - بالوكالة، فالعلم بكونه وكيلاً في حال العقد والقبض واحد صرفاً.

قوله: (ويرجع العدل على لراهن إن اعترف بالعيب، أو قامت به بينة).

لا يفتي أن الضمير المستكن في (اعترف) للعدل لا للراهن، ليكون قوله: (فإن أنكروا) معادلاً له. ويمتنع عود ضمير (أنكروا)، الى غير العدل، كما سيأتي، وإن كان مع ذلك اعتراف الراهن، أو قيم البينة، أو حلف العدل اليمين المردودة شرطاً لرجوعه بحسب الواقع.

فان انكر فالقول قول العدل مع يمينه فان نكل فحلف المشتري رجع على العدل ولا يرجع العدل على اراهن لاعترافه بالظلم.

يب: لو تلف العبد في يد المشتري، ثم بان مستحقاً قبل أداء الثمن رجع المالك على من شاء من الغاصب، والعدل، والمرتهن القابض، والمشتري،

قوله: (فان أنكر فالقول قول العدل مع يمينه).

أي: فان أنكر بعدل العيب الذي دعاه المشتري، واحال أنه لم يعم بوكالته، ولم يقم به بينة فالقول قوله بيمينه كما هو ظاهر. ولا يجوز عود الصمير إلى الراهن؛ لأنه لا معنى لكون القول قول العدل بيمينه حيث، وليس صحيحاً.

قوله: (فان نكل، فعنف المشتري رجع على العدل).

أي: فان نكل العبد عن اليمين، وقد انكر العيب، فعنف المشتري بالرد رجع على العدل، وهو ظاهر.

قوله: (ولا يرجع العدل على الرهن؛ لاعترافه بالظلم).

لأنه أنكر العيب، وذلك يقتضي بطلان دعوى المشتري، وكونه ظالماً، فلا تسوغ له المطالبة بما أقر بكونه مطالباً به ظلماً، ومن ثم لا تسمع دعواه ولا يبيته.

ولو أظهر تأويلاً، كأن قُب: إن إنكار العيب كان حرياً على الظاهر من أن الأصل الصحة لم يبعد استحقاق المطالبة على تقدير الإثبات، وقد سبق مثله في بيع المعصوب في أول كتاب التجارة.

قوله: (لو تلف العبد في يد المشتري، ثم بان مستحقاً قبل أداء الثمن رجع المالك على من شاء من الغاصب، والعدل، والمرتهن القابض، والمشتري).

لا خصوصية للعبد في فرض المسألة فيه، وإنما ذلك على طريق التمثيل. وإنما اعتبر في المرتهن كونه قابضاً؛ لأنه اذا لم يقبض لم يكن له يد على المعصوب.

ويستقر الضمان على المشتري للتلف في يده، ولو لم يعلم بالغصب  
استقر الضمان على الغاصب.

يج: لو ادعى العدل دفع الثمن الى المرتن قبل قوله في حق  
الراهن؛ لأنه وكيله على اشكال،

وليس من لوازم الرهن قبضه، إما بناء على كون القبض ليس شرطاً طاهر، وإما  
على الآخر فلا مكان التوكيل فيه.

قوله: (ويستقر الضمان على المشتري؛ للتلف في يده).

هذا اذا كان المشتري عالماً بالغصب؛ لمساواته للغاصب في لعدم  
العدوان، وانمراده بالتلف في يده الموجب لاعتصار الغرم في جاته. ويعلم هذا  
الصيد من قوله بعد: (ولو لم يعلم...).

قوله: (ولو لم يعلم بالغصب استقر الضمان على الغاصب).

هذا اذا لم يكن العدل، والمرتن القبض عالماً بالغصب أيضاً؛ لأن  
المشتري معرور حيث، فإن علموا جميعاً كان له الرجوع على من عره منهم، وعليه  
يستقر الضمان على الطاهر؛ لاستوائهم في يد العدوان، ولعلم بالحال، وانفراده  
بالتفريط. ولو اشتركوا فيه كان له الرجوع عن من شاء، ولا يرجع على غيره لما  
قلناه. ومنه ما لو باعه واحد وسلمه آخر على الطاهر.

قوله: (لو ادعى العدل دفع الثمن الى المرتن قبل قوله في حق  
الراهن؛ لأنه وكيله على اشكال).

قال الشارح: إن الاشكال هنا في مسألتين: احدهما: أن الوكيل في  
الدفع اذا دفع من غير اشهاد، هل يكون ضاماً، أم لا؟<sup>(١)</sup> وفي دلالة العبارة على  
ما ذكره نظر.

نعم يستفاد من كلام المصنف الآتي ثبوت اشكال في المسألة، وإن لم  
تفد هذه العبارة، على أنه لا دخل لذلك في أن نقول قوله أو قول الراهن؛ لأن

ولا يقبل قوله في حق المرتن؛ لأنه وكيله في الحفظ خاصة فلا يقبل قوله في غيره، كما لو وكل رجلاً في قضاء دين فادعى تسليمه إلى صاحب الدين.

هذا هل يعد تمريضاً أم لا؟ سوء كان القول قوله أم قول الراهن.  
نعم قد يتصور له اعتبار، وهو أنه على تقدير عده تمريضاً لا تكون دعوته الأداء تامة، إلا إذا قال: وأشهدت في وقت الأداء؛ لأنه ما دام لا يقول ذلك لم يدع دعوى على تقدير صحته تكون مسعفة بالمطالبة والرجوع، فلا تكون مسموعة ولا يترتب عليه جواب.  
ويكفي قوله: وأشهدت؛ وما لادى معه كأدبت على ابوجه الشرعي، ومع هذا فلا ربط للعبارة بهذا ولا إشعار به بوجه من الوجوه.

ومشأ الاشكال: من حيث أنه أمين، فظاهر حله أداء الأمانة، ولأنه لولا ذلك لادى إلى عدم قبول الوكالة، فيعصي إلى الضرر، ومن أن الأصل عدم.

ومباني في وكالة من شاء الله، أن لو قيل إذا ادعى لرد كان القول قوله بيمينه، إذا لم تكن الوكالة بحفل، فعلى هذا تكون الفتوى بها كذلك، ومتى لم يشهد، وقسا بأن ذلك تفريط كان موجباً لفساده.

قوله: (ولا يقبل في حق المرتن؛ لأنه وكيله في الحفظ خاصة، فلا يقبل في غيره).

هذا أقوى؛ لانتفاء الوكالة في الأداء من طرفه.

قوله: (كما لو وكل رجلاً في قضاء دين، فادعى تسليمه إلى صاحب الدين).

فإن القول قول صاحب الدين بيمينه قطعاً، وحال المرتن لا ينقص عن

ذلك .

ويحتمل قبول قوله على المرتن في إسقاط الضمان عن نفسه لا عن غيره، فعلى هذا إن حلف العدل سقط لضمان عنه، ولم يثبت على المرتن أنه قبضه. وعلى الأول يحلف المرتن فيرجع على من شاء، فإن رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن؛ لاعتراقه بالظلم، وإن رجع على الرهن لم يرجع على العدل إن كان دفعه بحضرته، أو بينة ماتت، أو غابت لعدم التفريط في القضاء،

قوله: (ويحتمل قبول قوله على المرتن في إسقاط الضمان عن نفسه لا عن غيره).

لأنه أمين فيقبل قوله في إسقاط الضمان عن نفسه. ولا دلالة فيه؛ لأن مقتضاه قبول قوله في حق من هو أمين عنه، وليس أمينا عن المرتن فيما عد حفظ الوثقة، لا في الأداء ولا في القضاء فلا يوجب تقبل قوله في حق المرتن. قوله: (فمن هذا إن حلف العدل سقط الضمان عنه، ولم يثبت على المرتن أنه قبضه).

أي: فبإلحتمال الثاني ينتفي الضمان عنه بالنسبة إلى الراهن والمرتن معاً؛ لقبول قوله في حقها، ولا يثبت على المرتن أنه قبضه؛ لأن اليمين لشيء لا يقتضي ثبوت شيء آخر، والأصل بقاء حقه فيرجع على الراهن، ولراهن إحلاف المرتن حينئذ على عدم القبض.

قوله: (وعلى الأول يحلف المرتن فيرجع على من شاء).

من العدل والراهن، لأصالة عدم الأداء بالنسبة إليه، وله حق متعلق بيمين ثمن الرهن فلا يسقط. ولا بد في هذه اليمين من طلب العدل أو الراهن؛ لأن الدعوى لهما، لكن لو أحلفه أحدهما، هل يغني عن يمين الآخر؟ فيه تردد، ينشأ من أن الدعوى واحدة، ومن أن لكل منهما حقاً. والظاهر أنه لو أحلفه أحدهما قبل انشاء الدعوى من الآخر بقي حق الآخر، فبه الدعوى والإحلاف.

قوله: (وإن رجع على الراهن لم يرجع على العدل إن كان دفع بحضرته، أو بينة، ماتت أو غابت، لعدم التفريط في القضاء).



وإلا رجع على اشكال مشوه لتفريط، وكونه أميناً له اليمين عليه إن كذبه.

يد: لو غصبه المرتين من العدل، ثم أعاده إليه زال الضمان عنه.

أما مع الدفع باليسنة؛ ولأنه قد حافظ على طريق الاحتياط، وأما مع الدفع بحضرة اراهن، فله التقصير بترك الأشهاد حينئذ مستند إلى اراهن، لعلبه بالحال، وسكونه عليه، فلا يعد عدل مفرطاً حينئذ. وإنما فرص البينة غائبة أو ميتة ليتم له نكار المرتين، وعدم مكان اثباته عليه.

قوله: (وإلا رجع على اشكال مشوه التفريط).

وإن اتى الأمران [أشهاد سنية مائت، أو عات، ودفعه حضرة اراهن، رجع اراهن على العدل على اشكال، ينشأ من أن التردد في كونه مفرطاً ترك الأشهاد، وعدمه.

وربما يسي الاشكال على كونه وكلاً في إبراء دمه في نفس الأمر فقط، أوفي الإبراء باطناً وظاهراً، وفي استعلام ذلك من التوكيل تأمل.

وليس سعيد أن يقار: ب لوكيل يحجب عليه رعاية بطة والمصلحة، بالنسبة إلى الموكل، والأحد بما يكون سليماً عن التصنيع، وهذا لا يجوز له البيع نسيئة، ولا التسليم قبل التسلم.

ولا ريب أن الدفع بغير اشهاد معرض للانكار، وموت القايض، وعدم علم الوارث بالقبض، فقد دلل تمريضاً موحياً للضمان لا يخلو من قوة.

واعلم أن قوله: (وكونه أميناً له اليمين عليه إن كذبه)، ظاهر العبارة أنه من جملة منشأ الإشكال، فيكون وجه الشق الآخر، وهو عدم استحقاق الرجوع. ولا يكاد يستقيم، لأن كونه أميناً - وكون الأمين بما عليه اليمين - كذبه مستأمنه في الأداء. إنما يكون مع عدم تقصيره وتفريطه، فإذا قصر وفرط يضمن، وإن حصل القسط بصحة قوله فلا يثبت به المدعى.

قوله: (لو غصبه المرتين من العدل ثم أعاده إليه زال الضمان).

لأن الغاصب يبرأ بالتسليم إلى المالك، أو إلى وكيله في القبض، والعدل

## الفصل السادس : في اللواحق:

لومات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله، ويجوز للمرتهن

وكيل فيه فيبراً بالتسليم اليه، ويخرج عن المصتب والضمان به.

قوله : (لومات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله).

المراد من العبارة: أنه اذا كان الرهن في جملة تركة المرتهن بحسب الواقع، ومات المرتهن، ولم يكن ذلك معلوماً، فما تركه من الاعيان بحسب الظاهر ماله، وإن كان في نفس الأمر بعضها مال الراهن؛ لأن المكلف به هو العمل بالظاهر. وقول المصنف: (كان كسبيل ماله) حاول لم اعادة هذا المعنى؛ لأنه ليس مالا له في الواقع، وإنما هو ماله ظاهراً. هذا هو المراد من العبارة، وإن كانت دلالتها عليه لا تحلو من جهة؛ لأنه ربما أوهمت أن الرهن اذا لم تعلم عينه في التركة، ولكن علم حصوله في الجملة يكون كسبيل ماله، والتصور هنا ثلاث صور:

أ: ما ذكرناه أولاً.

ب: أن يعلم رهن في التركة، ولا تعلم عينه، فلا طريق إلا الصلح إن لم يعلم القدر والقيمة.

ج: أن يعلم في يد الميت قبل موته رهن، ولم يوجد في التركة، واحتمل احوال قلعه بغير تعريض ومقاؤه عنده. وإن لم تعلم عينه، أو تصرفه فيه على وجه يكون مضموناً فيعارض أصلاً: أصل البراءة، وأصل بقاء ملك الراهن وعدم طروء ما يقتضي خروجه عنه.

وعند التحقيق: أصل بقاء الملك لا يعارض أصل البراءة، لأن أصالة بقاء الملك لا تقتضي شغل ذمة المرتهن به، وسيأتي نظير هذه المسألة في القراض ان شاء الله تعالى.

اذا تقرر هذا، فالذي يمكن حل عبارة الكتاب عليه، هو المسألة الأولى، لامتناع انطباقها على واحدة من الآخرين.

ابتياح الرهن، فإن كان وكيلاً فالأقرب جواز بيعه من نفسه بثمن المثل،  
وحق المرتهن أقدم من حق الحي والميت، فإن قصر الثمن ضرب بفاضل  
دينه مع الغرماء، والرهن أمانة في يده لا يصح إلا بالتفريط، ولا يسقط  
من دينه شيء.

فإن تصرف ركوب، أو سكنى، أو لبن وشبه فعلية الأجرة  
والمثل، ويقاص في المؤونة،

قوله: (فإن كان وكيلاً فالأقرب جواز بيعه من نفسه بثمن المثل).  
وجه الأقرب: أن العرص - وهو البيع بثمن المطلوب - حاصل، وخصوص  
المشتري غير ممتنع إليه. ويحتمل بغيره: لأن طاهر الوكالة لا يتأوله، والأصح أنه  
إنما يجوز بالادب، أو وجود قرينة تدل عليه.

قوله: (وحق المرتهن أقدم من حق الحي والميت).

أي: استحقاق المرتهن بالرهن في الاستيعاء من قيمته مقدم على  
استحقاق باقي الغرماء، من جهة الحي وإن حذر عليه والميت.

قوله: (ولا يسقط من دينه شيء).

أي: لو تلف بغير تعد، ولا تفريط.

قوله: (فإن تصرف ركوب، أو سكنى، أو لبن وشبه فعلية  
الأجرة والمثل).

الأجرة في مثل الركوب، والمثل في مثل أخذ اللبن، فالتلف والنشر  
مرتب.

قوله: (ويقاص في المؤونة).

أي: إذا انفق المرتهن على الرهن ما يحتاج إليه من المؤن، وتصرف في  
منافعه يقاص الراهن في ذلك. وإنما يقع التقاص إذا أُلغى ذن المالك، ومع  
تعذره فبإذن الحاكم، ومع التعذر فلا بد من الإشهاد، ليثبت له استحقاق الرجوع.  
وإنما يجوز له استيعاء المنافع إذا أذن له ذلك، أو من يقوم مقامه.

فإن تلف ضمن قيمته إن لم يكن مثلياً قبل: يوم قبضه، وقيل: يوم هلاكه،  
وقيل: الأرفع.

ولو عدم جحود الوارث استقل بالاستيفاء، ولو عترف بالرهن لم  
يصدق في الدين إلا بالبينة، وله إخلاف لو رث على عدم العلم.  
ويجب على المرتهن بالوطء لعشر أو نصفه، ولو طأعت فلا شيء.

قوله: (فإن تلف ضمن قيمته إن لم يكن مثلياً، قيل: يوم قبضه،  
وقيل: يوم هلاكه، وقيل: الأرفع).

هذه الأقوال الثلاثة في هذه المسألة هي بطائفة، ولأصح هو القول  
الثاني. ويجب أن تعتبر قيمته وقت السبق. ومتى تعدل المثل في المثلي من قبل  
القيمة فتعتبر قيمته حين المطالبة على المظاهرة.

قوله: (ولو علم جحود الوارث استقر بالاستيفاء).

المرد بالعلم: هو الظن العالب، والله هو أنه غير شرط، بل يكفي خوف  
جحوده دعماً للمصرر بالخوف، كما صرح في الدروس، قال ومن عنده رهن، وخاف  
جحود الوارث أو وارثه فله المقاصة<sup>(١)</sup>.

قوله: (ويجب على المرتهن بالوطء عشر، أو نصفه).

العشر في لبكر، ونصفه في الثيب.

قوله: (ولو طأعت فلا شيء).

لقوله عليه السلام: «لا مهر لبغي» لكن لو كانت بكرًا وجب أرش

الكرارة، لأنها جناية على مال الغير.

(١) الدروس: ٤١٥.

(٢) صحيح البخاري ٧: ٧٩، سنن الترمذي ٢: ٣٠٠ حديث ١١٤٣، ومبهاً «هي رسول الله صلى الله

عليه وسلم عن ثمر الكلب ومهر البغي...»

ولو شرط كون الرهن مبيعاً عند تعذر الأداء بعد الحلول بطلا، فإن تلف قبل مدة الحلول لم يضمن، ولو تلف بعدها ضمن.  
وفوائد الرهن للراهن، ولا تدخل فيه إن كانت موجودة.  
والأقرب عدم دخول المتجددة إلا مع الشرط، أو كانت متصلة.  
ولو أدى ما يخص أحد الرهنيين لم يجز إمساكه بالآخر، ولا بالخالي، ويقدم قول الدافع.

قوله: (ولو شرط كون الرهن مبيعاً عند تعذر الأداء، بعد الحلول بطلا. فإن تلف قبل مدة الحلول لم يضمن، ولو تلف بعدها ضمن).  
أما بطلانها: فلأن البيع مشروط بمضي زمان، وأما الرهن فلاه مؤقت، وأما الضمان بالتسليم بعد الحلول لا قبله، فسرق بأنه بعد الحلول مبيع فاسد، فكون مضموناً؛ لأن كل عقد يضمن بصحته فاسده، ولأن الصحيح إذا أوجب الضمان فالفاسد أولى، ولأنها تراعى على ذلك لتراعيها على البيع الصحيح، ولعموم: «على اليد ما أخذت»<sup>(١)</sup>، وقبله رهن فاسد، وكل عقد لا يضمن بصحته لا يضمن بفايده، لأن التسليم إما وقع على اعتقاد صحة العقد، فلم يقصد المسلم ضماناً، بل سلم على قصد العدم، ولم يلتزم المسلم ضماناً، فانتفى المقتضي له.

قوله: (والأقرب عدم دخول المتجددة، إلا مع الشرط، أو كانت متصلة).

وجه القرب: عدم دلالة اللفظ على دخولها بشيء من الدلالات، والأصل العدم، والأكثر على دخولها، والأصح الأول. ولو شرط دخولها، أو عدمه فلا إشكال في ثبوت الشرط.

قوله: (ويقدم قول الدافع).

أي: في أن المدفوع عن أي انديين؛ لأن المعبر نيته، وهو أعرف بها.

(١) سنن أبي داود ٢: ٨٠٢، حطيت ٢٤١٠، المستدرک للحاكم ٢: ٤٧.

ولا تدخّل الثمرة غير المؤبّرة في رهن لنخلة، ولا أشجري رهن الأرض وإن قال: بحقوقها، لا مع الشرط. وكذا ما نبت بعد رهنها، سواء أنبت الله تعالى، أو الراهن، أو أجنبي، لا أن يكون الغرس من الشجر المرهون.

وفي دخول الأس تحت الجدار، والمغرس تحت الشجرة، واللبن في الضرع، والصوف المستجز على ظهر حيوان، وغصان الشجر نظر.

قوله: (ولا تدخّل الثمرة غير المؤبّرة في رهن لنخلة).  
لأنها غير داخلة في مسماتها، ودخولها في البيع قبل التأخير ليس<sup>(١)</sup>، على خلاف الأصل.

قوله: (ولا أشجري رهن الأرض، وإن قال بحقوقها، لا مع الشرط).

لأنه ليس من حقوق الأرض، ومع شرط فلا إشكال في لدخول. وبو  
قان: وما شتملت عليه، لم يبعد الدخول كالبيع.  
قوله: (وكذا ما نبت بعد رهنها...).

لعدم دخوله فيها، فلا يعد ذلك عمدا لأرض، يجيء فيه خلاف لتمام  
المتحدّد وإن نبت فيها. ولو كان الغرس من أشجر المرهون فهو رهن.  
قوله: (وفي دخول الأس تحت الجدار، والمغرس تحت الشجر،  
واللبن في الضرع، والصوف المستجز على ظهر الحيوان، وغصان الشجر  
نظر).

في بعض حواشي شيخنا الشهيد: أن للأس تعبيرين، أحدهما: ما هو  
مستور من الحائط، والثاني: أنه موضع لأساس، والذي في لقاموس<sup>(٢)</sup>،

(١) الكافي ٥: ٢٩٧ حديث ٣، التهذيب ٧: ٩٠ حديث ٣٨٢

(٢) القاموس المحيط (أس) ٢: ١٩٧.

والأقرب جواز إجبار الراهن على الإزالة.

ولورهن ما يمتزج بغيره، كلقطة من الباذنجان صح إن كان الحق

والصحيح<sup>(١)</sup> هو الأول.

ووجه الدخول على الأول: أنه جزم الحائط، فهو مدلول عليه تضمناً، ووجه العدم: أن الإشارة بحسية إنما تتعلق بما ظهر.

وعلى الثاني: فوجه الدخول كونه تابعاً، إذ لا بد منه للحدار. ووجه العدم انتفاء دخوله في معنى اللفظ، والأصح على الأول الاون، وعلى الثاني ثاني.

وتردد المصنف في المعرس يشعر بأن المراد بالأس موضع الأساس، إذ بعد ترده في دخول بعض الحد، ولأن الموضع شبه بالمعرس.

وأما اللز في الضرع، فنشأ عن نظرية التردد في أنه حر، نظراً إلى أنه من حمة رطوبات ابدن، وأن العادة قاصية بحدده، وكونه مطوراً إليه بخصوصه، فلا يكون داخلاً في معنى اللفظ عرفاً.

ومثل هذا يأتي في لوسع شاة في صرعها لبن، وقريب منه الصوف المستحز، وهو لذي بلع مبعاً بحر عبد بلوغه عرفاً، إلا أن الظاهر دخول الصوف لكونه جزءاً حقيقة، وإنما يخرج عن حزئية بعد الانفصال، ومثله أغصان الشجر. ولا يحى أن المراد به: ما كان من لأغصان بابساً، وما حرت العادة بقطعه، من سمع الخل وغيره، ودخول هذين قوي.

قوله: (والأقرب جواز إجبار الراهن على الإزالة).

هذا فيما لا يدخل في لرهن من المتحدد وغيره، ووجه القرب: أن إبقاءه تصرف في الرهن، وكل من الراهن والمرتهن مجموع من التصرف، ولأنه لا ينفك من الاضرار بالرهن غالباً. ويحتمل ضعيفاً العدم للأصل، والأصح الأول.

قوله: (ولورهن ما يمزج بغيره، كلقطة من الباذنجان صح إن كان

يحل قبل تجدد الثانية، أو بعدها وإن لم يتمير على رأي.  
ويقدم حق المحني عليه وإن تأخر على حق المرتهن، فيقتصر في  
العمد، أو يسترق الجميع، أو مساوي حقه فالباقى رهن وفي الخطأ إن  
فكه مولاه فالرهن بحاله، وإن سلمه فسمجني عليه استرقاقه، وبيعه، أو  
بيع مساوي حقه فالباقى رهن.

الحق يحل قبل تجدد الثانية، أو بعدها وإن لم يتمير على رأي).  
أما إذا كان الحق يحل قبل تجدد الثانية، أو بعده مع التميز فلا بحث في  
الحوار. ولا مع. وأما مع عدم التميز، وكون الممول متأخراً فإن في الصحة  
قولين: أحدهما: عدم، وهو اختيار الشيخ<sup>(١)</sup>. تعلم الاستيعاء. وليس بشيء؛  
لأن المانع منق في وقت إنشاء الرهن، وتجنده لا يقتضي مع الصحة من  
الأصل. على أن حصوله غير مقطوع به؛ لإمكان التخلص مع إن عدم التميز لا  
يقتضي تعدد الاستيعاء، لتحقيق ثوب الحق، وإن كان الطريق إلى تعيينه هو  
الصلح، ولأصح لصحة.

قوله: (ويقدم حق المحني عليه وإن تأخر على حق المرتهن).  
الجواب الثاني يتعلق به (يقدم).  
قوله: (فيقتصر في العمد، أو يسترق الجميع، أو مساوي  
حقه...).

وإن كانت الحناية قتلاً أو حرقاً وطلب الدية، وأحاطت بقيمته فله  
استرقاقه، وإلا استرق منه مساوي الجندية، وحسب فيكون الباقي منه بعد  
موجب الجناية رهناً.  
وهذا كله إذ لم يأمره السيد بالجندية، فإن أمره ولم يكن مميزاً، أو كان  
ولكن كان أعجمياً، يعتقد وجوب طاعة سيده في جميع أوامره، فالخاني هو  
السيد، وعيه القصاص أو الضمان، صرح به في التذكرة<sup>(٢)</sup>.

(١) البسوط ٢: ٢٤٢.

(٢) التذكرة ٢: ٣٩.



ولو جرح مولاه عمداً قتل، ولا يخرج عن الرهن، وإن قتله  
فللورثة قتله، والعفو في رهن. ولو جرح خطأ لم يثبت لمولاه عليه شيء،  
فيق الرهن بحاله. ولو جنى على مورث المالك فلمالك القصاص، أو  
الافتكاك من رهن فيه، وفي الخطأ مع الاستيعاب، والمقابل مع عدمه  
فالباقى رهن.

قوله: (ولو جنى على مورث المالك فلمالك القصاص، أو  
الافتكاك فيه من الرهن، وفي الخطأ مع الاستيعاب).  
الضمير في قوله: (فيه) يعود إلى العمد، أي: هذا الحكم المذكور في  
الحماية عمداً. ولو قُدم حراً وبمحرور على القصاص، أو أحره عن الرهن بكون  
أولى، فالمالك عتق بين القصاص والافتكاك في العمد، وفي الخطأ الافتكاك  
لا قصاص.

وهذا إذا استوعبت الحماية قسمه، وإما كان للمورث الافتكاك من  
الرهن؛ لأن الحماية إذا استوعبت قيمته استرقها، كما سبق

والفرق بين الحماية على مولى، وعلى مورثه - وإن كان الحق للمولى في  
الموضعين - أن الحماية على المولى ألحق فيه للمولى نداء، ويمتنع أن يحجب للمولى  
على عبده مال أو هو مال له. وفي الحماية على مورثه، الحق فيه نداء للمحسبي  
عليه؛ لأن الوارث إما تستقر إليه لدية عن مورثه، لأنها محسوبة تركته توفي بها  
ديونه وتنفذ وصاياه.

ومعلوم أنه لا يمتنع ثبوت مال لمورث مولى العبد على العبد، فيستقر على  
المولى عن مورثه، فيفك من الرهن.

قوله: (والمقابل مع عدمه، فالباقى رهن).

أي: وبه افتكاك المقابل للحماية في العمد والخطأ، على المورث مع عدم  
الاستيعاب، فالباقى من العبد بعد مقابل الحماية رهن كما كان.

ولو جنى على عبد مولاة فكمولاه، إلا أن يكون رهناً من غير المرتهن  
فنه قتله، ويبطل حق المرتهن وضموعه على مال فيتعلق به حق المرتهن  
الآخر.

ولو عفا بغير مال فكففو للمجور عليه،

قوله: (ولو جنى على عبد مولاة فكمولاه).

أي: يقتصر منه في العمد خاصة، لا متاع أن يجب للمولى على عبده  
مال.

قوله: (إلا أن يكون رهناً من غير المرتهن فله قتله، ويبطل حق  
المرتهن).

تشرع ثبوت قتله للمولى على المرتحن غير جسد؛ لأن هذا ثبت على كل  
حال، وإن للمولى انحصار مع الرهن بدونه المرتحن واحد وغيره.

قوله: (والعمو على مال، فيتعلق به حق المرتهن الآخر).

ي: وله العمو على مال على لعبد، وكذا لو كانت الحنفية خطأ، فإن  
الدية يجب على عبده في رقبته؛ لأن لعبد روحاً على عبده الموهون وجب عليه  
أرش الحماية، لحق المرتهن، فإن ثبت على عبده أول، فيتعلق المال حيث يدبره  
عبد، لحق المرتهن لآخر، عني: مرتن المقتول.

قوله: (ولو عفا بغير مال فكففو للمجور).

أي: للمجور بالعطس، كما صرح به في التذكرة<sup>(١)</sup>: فكل موضع فيه يصح  
العفو من المجور، وهو حيث لا يكون المفعول لا يصح، ومالا فلا.

فإن قلنا: إن الحماية عمداً موحية لأحد الأمرين: من القصاص، ولدية  
لم يكن بمولى إلا أحدهما، وليس له لعمو. وإن قسما: توجب القصاص فقط  
تخير في كل من الأمور الثلاثة.

وحيث قلنا: ليس له العمو عمداً، ولا بد في صحته من وقوع العمو على

## ولو أوجبت أرشاً فالثاني.

الدية.

قوله : (ولو أوجبت أرشاً فالثاني).

أي: لو كانت الحدية حصاً، بحيث توجب الأرض فحق الرهانة فيه للمرتن الثاني، حيث أن الحدية مصمومة لحقه، فيتعلق الأرش المذكور برقة القتال، ويتعلق به حقه.

فعلل هدا في الحدية حصاً، وفي العمدة، عما المود على مال يجب أن ينظر، إن كان الواجب فيها أكثر من قسمة لقاتل، أو قدره هل يباع؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول الشيع رحمة الله - نعم<sup>(١)</sup>، لأنه ربما رغب فيه راعب بزيادة يتوثق بها مرتن القاتل

والثاني: لا، بل ينقل إلى يد مرتن المحسي عليه رهناً، ويسمى من رهن مرتنه؛ لأنه لا فائدة في بيعه. وقوى في تذكرة الأول، محتجاً بأن حق مرتن المقتول بسبب الحدية في مائة العبد، لا في العين<sup>(٢)</sup> وهو متجه، بل لم يجر الرهن عليها، وبما تعلق به حق مرتن المقتول بسبب الحدية

وإن كان الواجب فيها أقل من قسمه، فعلى الوجه الثاني يفعل من القاتل قدر الواجب إلى مرتن القاتل. وعلى الأول يباع منه قدر الواجب، ويبقى الباقي رهناً. فإن تعدد بيع العرص، أو نقص بالتشقيص بيع الكل، وحصل الزائد على الواجب عند مرتن المقتول.

قال في التذكرة: وهذا الوجه يبيظهر في طلب الرهن النقل، وطلب مرتن القاتل أسبع، ففي وجه يحجب بهذا، وفي وجه يحجب ذلك. أما طلب الرهن أسبع، ومرتن المقتول النقل يحجب الرهن؛ لأنه لا حق لصاحبه في عيه<sup>(٣)</sup>.

(١) قانه في انبساط ٢، ٢٢٩.

(٢) التذكرة ٢: ٣٩.

(٣) المصدر السابق.

ولو اتحد المرتهن وتغايير دين فله بيعه، وجعل ثمنه رهناً بالدين

الآخر،

ولقائل أن يقول: على الوجه الثاني بمرتب مقتول في القتل، لأنه إن تم ديبه، وهو أن اسبع لا فائدة فيه، فيمت من رهن الأول ويتفق به حقه، تعينت احبته.

وما عدل به، من أنه لا حق له في عيه، هو دليل الوجه الأول، فإن تم فتصى ترجيح لوجه لأو على الثاني؛ لأن الوجهين لا يطهران إذا طلب مرتب القتل القتل.

ولو اتفق اراهن والمرتهان على أحد القطعين تعين، ولو اتفق اراهن ومرتهن لقتيل على السفل فعند بعض العامة: ليس لمرتب القاتل لمناقشة فيه، وطلب اسبع<sup>(١)</sup>. ومقتضى دليل الوجه الأول أن له ذلك.

قوله: (ولو اتحد المرتهن وتغايير الدين فله بيعه، وجعل ثمنه رهناً بالدين الآخر).

أي: لو اتحد مرتب العبد الجاني ومخني عيه، وكان كس منها مرهوناً بدين، فإن احتلف الديان بأصول والتأخر، واحترام المالك العفو على الذية، وتعقب برقة الجاني، أو كانت خطأ على ما سبق فله رهن أن يتوثق بدين القتل بالقاتل؛ لأنه إن كان الحال دين المقتول، فقد يريد استيفاءه من ثمنه في الحال، وإن كان الحال دين القاتل، فقد يريد الوثيقة لمؤجل، ويطلب الرهن بالحال في الحال. ومثله ما لو كانا مؤجلين، وخذ الأجلين أصول.

وإن اتفقا حلولاً وتأجيلاً، فما أن يتفقا جنساً وقدر، أو يحتلف.

فإن اتفقا، واحتلف العبدان في قيمة، وكانت قيمة المقتول أكثر لم تنقل الوثيقة؛ لانتهاء الفائدة، لأنه بعد النص إنما يتفق به دين القتل، والقرض

عدم الاختلاف بينه وبين دين القاتل، وكذا لو تساويا في القيمة.  
وإن كانت قيمة القاتل أكثر نقل منه قدر قيمة القتيل إلى دين القتيل،  
وبقي الباقي رهناً بما كان.

وإن ختلف الدينان قدراً لا جسماً، فإن تساوت قيمة العبد، أو كان  
القتيل أكثر قيمة، فإن كان لموهوب بأكثر الدينين القتيل فله التوثيق بالقاتل؛ لأن  
التوثيق لأكثر الدينين في نفسه فائدة مطلوبة، بخلاف ما لو كان لقتيل مرهوناً  
بأقلها، فلا فائدة في النقل حينئذ.

وإن كان القتيل أقل قيمة، ولم يكن مرهوناً بأقل الدينين فلا فائدة في  
النقل أيضاً. وإن كان مرهوناً بالأكثر نقل من القاتل قدر قيمة القتيل إلى الدين  
الآخر، ويبقى الباقي رهناً بما كان.  
وإن اختلف الدين في جسسه فهو كالاختلاف في العدد، أو في الحلول  
والتأجيل.

وإن احتما في الاستقرار وعدمه، كما لو كان أحدهم عوض ما يتوقع رده  
معيب أو صدق قبل الدحول: فإن كان لقاتل مرهوناً بالمستقر فلا فائدة في  
النقل، وإن كان مرهوناً بالآخر فلا يصح ثبوته، وهو مختاره في التذكرة (١).

إذا عرفت هذا، فحيث قضا بنقل توثيق بيع ويقام ثمنه مقام القتيل،  
أو يقام عينه مقام القتيل؟ فيه اسوحيان سابقتان، كذا ذكر في التذكرة (٢)،  
وجرم هنا بأن له البيع، وحمل الثمن رهناً.

ويمكن توجيهه: بأن نعتق الأرض برقبة الجاني يوجب تسلط مستحق  
الأرض على الجاني بالبيع، والمرتهن مستحق لاستيثاق بالأرض، فإن تعلقه برقبة  
الجاني هنا يتم كان لحقه، لا امتدعه لولا ذلك، فله حينئذ تحصيل الأرض ببيع  
فيكون؛ خصوصاً إذا أمكن تصور دئمة أخرى بالنسبة إلى الدين الآخر بأن يطلبه

(١) التذكرة ٢، ٤٠.

(٢) المصدر السابق.

وفي الخطأ مع الاستيعاب، والمقابل مع عدمه فالباقي رهن.  
ويتعلق الرهن بالقيمة لو تلفه المرتهن أو اجنبي، ولا تتعلق بها  
الوكالة.

طالب بزيادة.

ووافقا على البيع فلا بحث، ولو تساوى الدينان في الأوصاف، وحكم  
بعدم النقل، فقال المرتهن: إني لا آتبه وقد حى فبيعه وصموا ثمنه مكانه  
فالأقرب إحاطته دعماً لاحتمال الضرر عنه.  
ولا يخفى بعد هذا البيان ما في عبارة الكتاب من القصور عن تأدية  
أحكام المسألة. ثم اطلاق البيع في العبارة بمجرد العبارة لا يستقيم، كما هو معلوم  
بأدنى تأمل.

قوله: (وفي الخطأ مع الاستيعاب).

أي: لحكم فيه كالحكم في العمد د عا المولى على الدية، وتأني جميع  
الأحكام السالفة. ويمكن أن يكون (مع الاستيعاب) قبداً في العمد والخطأ، لا في  
الخطأ وحده، وهو الأوجه؛ لأن حماية العمد قد لا تستوعب، كما هو ظاهر.  
وفي بعض النسخ هذه الزيادة متروكة، على ما ذكره شيخنا الشهيد في  
بعض حواشيه.

قوله: (والمقابل مع عدمه، فالباقي رهن).

أي: وللمرتهن بيع مقابل الجناية مع عدم الاستيعاب.

قوله: (ويتعلق الرهن بالقيمة لو أتفه المرتهن أو اجنبي).

وكذا لو أتفه الراهن، وإما تعلق بالقيمة - وإن كان العقد إما حري على  
العين - لأن الرهن معناه: الاستيثاق بالعين لمستوفي الدين من قيمته.  
قوله: (ولا تتعلق بها الوكالة).

لأن الوكالة إنما تعلقت بالعين، ولم يدل دليل على تعلقها بالقيمة.

ولو صارت البيضة فرخاً، أو الحب زرعاً فالرهن بحاله، وإذا لزم  
الرهن استحق المرتهن ادمه اليد، وعلى ائراهن مؤونة المرهون، وأجرة  
الاصطبل، وعلف الدابة، وسقي الأشجار، ومؤنة الجداد من خالص  
ماله.

قوله : (ولو صارت البيضة فرخاً، أو الحب زرعاً فالرهن بحاله).  
لأن ائمين لا تذهب بتعب الأوصاف، والحق متعلق بها.  
قوله : (وإذا لزم الرهن، استحق المرتهن ادمه اليد).  
ظاهر هذه العبارة مشكك؛ لأنه قد سبق تردد المصنف في أن للمرتهن  
مطالبة الراهن بانقيص، فكيف يستحق ادمه اليد؟  
ويمكن أن يقال: يراد بامتثاقه ادمه اليد أصل لاستحقاق وإن كان  
غير تام، فإن الحق في ذلك يكن من رهن والمرتهن، وهذا لا يجوز لأحدهما  
الاستقلال باثبات اليد عليه.

وفي التذكرة: ما لا منعة فيه مع بقاء عيه كالنفود، واخيوت فلا تزل  
يد المرتهن عنه بعد استحقاقه لليد؛ لأن اليد هي الركن الأعظم في التوثيق فيه.  
وما له منعة، إن أمكن تحصيل العرص منه، مع بقاءه في يد المرتهن وحب المصير  
اليه، جمعاً بين الحقين، وإن لم يكن، وشدت الحاجة أو إزلة يده، حاز.  
فالعيد المحترف إذا تيسر استكسابه في يد امرتهن لم يخرج من يده<sup>(١)</sup>.

قوله : (وعلى ائراهن مؤونة المرهون، وأجرة الاصطبل، وعلف  
الدابة، وسقي الأشجار، ومؤونة الجداد ومن خاص ماله).  
اجداد، بفتح الحيم وكسره والداس المهملتين: صرام لئخل، وما ذكره  
كله داخل في المؤونة، ولكنه أراد ذكره صريحاً.

ولا يمنع من الفصد والحجامة والختان، ويمنع من قطع لسلع.  
ولورهن الغاصب فللمالك تضمين من شاء، ويستقر على  
الغاصب. وكذا المودع، والمستأجر، والمستعير من لغاصب، هذا إن جهلوا.  
ولو علموا لم يرجعوا عليه.  
وأحكام الوثيقة كما ثبتت في الرهن تثبت في بدله الواجب  
بالجناية على المرهون،

قوله: (ولا يمنع من الفصد والحجامة والختان).

وكذا المداواة بالأدوية التي لا تضر هيئاته.

قوله: (ويمنع من قطع السلع).

لأن فيه من الخطر المضر بالمرتهن.

فرع: فإن في التحرير: لا يجوز للراهن ضرب آثاره للتأديب، وغيره،  
إلا بادن امرئ<sup>(١)</sup>. ويجب أن يقيد هذا بالتأديب المختص بجوارحه بالمولى لا مطلقاً؛  
لأن الأمر بالمعروف واجب عموماً.

قوله: (ولورهن الغاصب فللمالك تضمين من شاء، ويستقر على  
الغاصب).

هذا إذا لم يكن المرتهن عالماً بالغصب، وإلا استقر الضمان عليه إن استقر  
التلف في يده.

قوله: (وكذا المودع والمستأجر والمستعير من الغاصب).

المودع بفتح الدال.

قوله: (هذا إن جهلوا، ولو علموا لم يرجعوا عليه).

هذا إن حصل التلف في أيديهم.

قوله: (وأحكام الوثيقة كما تثبت في الرهن تثبت في بدله الواجب  
بالجناية على المرهون).



والخصم في بدل الرهن الراهن، فإن امتنع فالأقرب أن للمرتهن أن يخاصم.  
ولو بكل الغرم حلف الراهن، فإن بكل فقي احلاف المرتهن  
نظر، فإن عفا الراهن فالأقرب أخذ المال في الحال لحق المرتهن، فإن  
انفك ظهر صحة العفو وإلا فلا.

قد سبق مثل هذا، وإذ كان ما هنا أشمل، فيحرج به عن التكرار،  
والتقريب واحد.

قوله: (والخصم في بدل الرهن الراهن، فإن امتنع فالأقرب أن  
للمرتهن أن يخاصم).

وجهه: أن الرهن منك للرهن، وكذا بدله، فالخصم في إثباته وانقضاءه  
هو، لكن لو امتنع من الخصمة فهل للمرتهن أن يخاصم؟ الأقرب عند المصنف  
ذلك، لما فيه من تعلق حقه به، فلا بد له من طريق إلى تحصيله، ولما في معه  
من ذلك مع ترتب حصول حقه عليه من الضرر.

ويحتمل العدم؛ لانتفاء كونه ملكاً، فلا يستحق المطالبة. ويصنف: أن  
استحقاق المطالبة دائر مع ثبوت الحق، وهو أعم من الملك.

قوله: (ولو نكل الغرم حلف الراهن، فإن نكل، ففي احلاف  
المرتهن نظر).

لا ريب أنه مع نكول لغرم يرد يمين على المالك، وهو لراهن، لكن  
مع نكوله هل يجعل للمرتهن طريق إلى تحصيل حقه، بأن يحلف هو؟ فيه نظر،  
ينشأ: من أن حقه متوقف على يمين، وبدونه يلزم الضرر بضباغه، فيجوز له اثباته  
باليمين.

ويصنف: بأن التوصل إلى حقه إنما يسوغ حيث تكون لوسيلة حائزة  
شرعاً، أما العدم فلا. ولفرق بين هذه وما قبلها: أن استحقاق المطالبة غير  
متوقف، بحلاف اليمين، ومن أن يمين شخص لإثبات مال غيره، مما أجمع على  
عدم شرعيتها، والأصح العدم.

قوله: (فإن عفا الراهن فالأقرب أخذ المال في الحال لحق المرتهن،

فإن انقضى ظهر صحة العفو، وإلا فلا).

المراد به (لما ن): ما أوجته الحدية، أو الإتلاف. ووجه لقرب في الأول: أن حق المرتهن متعلق بالعين وأرشها وسطاً، ونصرفت لرهن، ثم يتأني ذلك، مجموعهما، فلا يكون العفو مسقطاً لحق المرتهن، وهو الأصح. ويحتمل ضعف عدم؛ لأن العفو لا يقع باطلاً عند المصنف. كما سد كرهه. بل يقع مراعى، ثم يظهر نفعه عند انفكاك الرهن، فإذا وقع بموعد نفذ ولم يظهر لنا؛ لتوقف الانكشاف على الانفكاك وعدمه، فكيف يوحد حق ربحاً لم يكن ثباتاً؟ وليس شيء؛ لأن ثبوت حق الراهن مقطوع به، فكيف يترك الأمر محتمل.

ووجه اقرب في الثاني: أن فيه ضعفاً بين الحقيقتين؛ ولأنه لا مانع إلا حق المرهن، فإذا انكس زال المانع. ويضعف بأنه لم يتحقق ثبوت حق للمحاني إلى الآن، ليجمع بينه وبين حق المرتهن. وعامة حق المرتهن على صحة العفو يقتضي بطلانه وقت نشأته، فكيف يكشف بعد صحته في حال وجود المانع؟

قال الشارح: والتحقيق أن الأمور بعدمية لا توصف بأنها موقوفة، بل تكون مراعاة، وما يدل على صحتها كاشف، والكشف هو دليل على سق العلة المؤثرة التامة. وأما الموقوف عليه فهو من تمام علة، أعني علة الصحة أو لزوم، وهذا قال المصنف: (ظهر صحة العفو) (١).

هذا كلامه، وأراد به بيان لعرق بين ما يمكن وقوعه موقوفاً، وما يمتنع فيه ذلك، فنه على أن ما كان عدمياً - أي: المراد منه العدم - لا يوصف بكونه موقوفاً، والعفو عدمي؛ لأن المقصود منه إسقاط، وهو عدم ما في الذمة، فيكون مرعى، معى أن انكشاف حبه يظهر بعد مرور المانع من بقائه، بخلاف الموقوف الذي بقي من علة التامة حراً لم يتحقق بعد.

ولو أبرأ المرتهن لم يصح، والأقرب بقاء حقه، فإن الإبراء الفاسد يفسد ما يتضمنه، كما لو وهب الرهن من غيره.  
ولو اعتاض عن الدين ارتفع الرهن.

وهذا الذي ذكره تفسير لمعنى المراعى والموقوف، وليس فيه ما يدل على أنه كذلك. لكن يشكل للحكم بما ذكره، بأن العفو إما أن يكون سبباً تاماً، أولاً، فإن كان الأول لزم: إما تأثيره مع وجود المانع، أو بطلانه. وإن كان الثاني لزم كونه موقوفاً.

ومثل هذا يأتي مما لو أعتق الرهن، إلا أن يفرق بأن عانة الشارع بالفك من رقبته كان سبباً على تسميته بخرجه عن ذلك، فيبقى الحكم هو الذي يدل عليه الدليل. هو البطلان؛ لوجود حق المرتهن الماضي لوقوع العفو. ونقل الشارح رحمه الله المصنف وجهاً لذلك تحريماً، وهو صحة العفو وبطلانه، ومع عدم الفك يصح رآه، لأن مال حائلي ذهب في قضاء دينه (١)، ولا يخفى ما فيه.

قوله: (ولو أبرأ المرتهن لم يصح...).

أي: لو أبرأ الجاني، ووجهه طاهر، فإنه غير مالك لأرض الحياة.

قوله: (والأقرب بقاء حقه، فإن الإبراء الفاسد يفسد ما يتضمنه).

هذا بيان وجه القرب، ونوصيحه: أن الإبراء يصح سقوط حقه، لامتناع بقاء حقه مع صحة الإبراء، فحيث وقع المتضمن فاسداً، فما في ضمنه أيضاً كذلك، إذ لا يثبت التابع من حيث هو تدفع مع انتفاء متبوعه.  
وإطلاق التضمن هو سبب التوسع، لأن سقوط حقه لازم لصحة الإبراء، إلا أن يحمل الإبراء على إبرائه مما في ذمته. ويحتمل ضعفاً لسقوطه؛ لأن الإبراء إذا قصي أمرين، وامتنع صحة أحدهما لمانع يصح الآخر اقتصاراً بالبطلان على موضعه، ومثله ما إذا وهب الرهن لرهن من غيره.

ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهناً بالباقي على اشكال، أقربيه ذلك إن شرط كون الرهن رهناً على الدين، وعلى كل جزء منه.

ولو رهن عبيدين فكل مها رهن بالجميع، إلا أن يتعدد العقد و لصفقة، أو مستحق الدين، أو مستحق عليه.

قوله : (ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهناً بالباقي على اشكال، أقربيه ذلك إن شرط كون الرهن رهناً على الدين، وعلى كل جزء منه).

مشأ الإشكال: من أن رهن المجموع بالمجموع يقتضي مقابلة الأجزاء بالأجزاء، إذ لا يظهر من مقابلة الجملة بالجملة مقابلة الجملة بالأجزاء، ومن أن التقييد يقتضي أنه إذا تلف جزء من المرهون لا يبقى الباقي رهناً، إلا على حزه يقتضيه الحساب، وهو باطل قطعاً.

ووجه القرب: أنه مع عدم الشرط لا يقتضي لرهن المجموع بالأجزاء، فيستفي بدون الشرط.

واعلم أنه قد يتوهم عدم إفتاء المصنف، نظراً إلى أن المذكور في كلامه هو الحكم مع الاشتراط. ولا راع فيه؛ لأر النزع مع عدم الشرط، وليس كذلك، لأن الأقرب يقتضي العتوى، إذ لا يتطرق الاحتمال مع لشرط، إنما يتطرق بدونه.

قوله : (ولو رهن عبيدين فكل مها رهن بالجميع).

هذا إما بناء على أنه مع الإطلاق يشتر رهن بالجميع بالأجزاء، أو على اشتراط ذلك.

قوله : (إلا أن يتعدد العقد و صفقة، أو مستحق الدين، أو المستحق عليه).

الظاهر أن المراد بالصفقة ها: ليس المرهون به، وكذلك في بيع في

ولا اعتبار بتعدد الوكيل، ولا لمالك في المرهون المستعار من شخصين.  
ولو دفع أحد الوارثين نصف الدين لم ينك نصيبه على أشكال،  
أما لو تعلق الدين بالتركة، فأدى أحدهما نصيبه فالأقرب انفكاك حصته،  
إذ لا رهن حقيقي هنا.

قولهم: تبعت الصفة. وإنما عطف لصفة بالواو؛ لأن تعدد العقد مع اتحاد  
الموَض المرهون به لا يقتضي أن لا يكون كل من الرهنيين رهناً بذلك الدين،  
بحلاف مستحق الدين، والمستحق عليه، لأن تعددهما محل نك. لكن في  
مناقشة؛ لأن تعدد العقد وانحاده لا أثر له مع تعدد الصفة، وظاهر العطف  
بـ(الواو) يشعر باعتبارهما، إلا أنه يقال: المراد من ذلك رفع لعاد.

قوله: (ولا اعتبار بتعدد الوكيل ولا المالك في المرهون المستعار  
من شخصين).

لأن الوكيل وإن تعدد يده يد لموكل، وكذا لو تعدد المبيع مع اتحاد  
الراهن؛ لأن الانتفاع بالمعين المستعارة في جميعها رهناً حق لراهن.  
قوله: (ولو دفع أحد الوارثين نصف الدين لم ينك نصيبه على  
أشكال).

أي: لو دفع أحد وارثي برهن نصيبه من الدين، وهذا لأشكال تعدد  
الفتوى المتقدمة. بأنه مع اشتراط يكون الرهن رهناً بكل جزء، وبدونه على  
يقتضيه التفسير لا وجه له، إذ مع الاشتراط لا ينك قطعاً، وبدونه يقتضي  
التفسير يلزم الانفكاك.

قوله: (أما لو تعلق الدين بالتركة فأدى أحدهما نصيبه فالأقرب  
انفكاك حصته، إذ لا رهن حقيقي هنا).

وتعلق الدين بالتركة أضعف من تعلق الدين بالرهن، وهذا يجمع الراهن  
من التصرف، بخلاف الوارث. وبمقتضى ضيق العلم، إذ لا يرث إلا بعد وفاة  
الدين.

وإذا انفك نصيب أحد مالكي المرهون، فأراد القسمة قاسم المرتهن بعد إذن الشريك، سوء كان مما يقسم بالأجزاء كالمكيل والموزون، أو لا كالعبيد.

وإذا قل المالك: بع الرهن بي واستوف الثمن لي، ثم أقبضه لنفسك فلا قرب صحة الجميع، لكن لا يكفي في الاستيفاء لنفسه مجرد الإمساك، بل لابد من وزن جديد أو كيل؛ لأن قوله: ثم استوف لنفسك يقتضي الأمر بتجديد فعل.

قوله: (وإذا انفك نصيب أحد مالكي المرهون، فأراد القسمة قاسم المرتهن بعد إذن الشريك، سواء كان مما يقسم بالأجزاء كالمكيل والموزون، أو لا كالعبد).

لأن حق المرتهن تعلق بملك الرهن فقط، وتغيير ملكه عن ملك شريكه إما يكون برضاها، ولا دخل للمرتهن في ذلك؛ لأن استيفاءه بملك الراهن كما قبضه. لكن لو لزم من القسمة نقصان، ورصي به الشريك توقف على رصي المرتهن.

قوله: (ولو قال المالك: بع الرهن لي، واستوف الثمن لي، ثم أقبضه لنفسك، فالأقرب صحة الجميع).

وجه لقرب: حواز كل منهما مع لزماد، فكذا مع الاجتماع، إذ لا مانع. ويحتمل المنع، نظراً إلى أن تولي طرفي القص لا يصح من شخص واحد، وهو ضعف.

قوله: (لكن لا يكفي في الاستيفاء لنفسه مجرد الإمساك، بل لابد من وزن جديد، أو كيل؛ لأن قوله: ثم استوف لنفسك يقتضي الأمر بتجديد فعل).

كذا علل في التذكرة أيضاً<sup>(١)</sup>، وفيه نظر، للمنع من كون لإذن في

ولو قال: بعه سي واقضه لسفك صبح السبع دون لقبض؛ لأنه لم يصح قص الرهن، لكن ما قبضه يكون مضموناً عليه، فإن القبض الفاسد يشابه الصحيح في الضمان.

ولو قال: بعه سفك بطل لاذن، لأنه لا يتصور أن يبيع منك غيره لنفسه.

ولو قال: بع مطلقاً صبح.

الاستبراء أمراً تحديداً فعل ونوسم، ورثت اليد في كل زمان متحدد فعل جديد. ولو سلم أنه ليس كذلك فلا ينبغي لتفعل الجديد الكل في مكبر، والوزن في الموزون.

قوله: (ولو قال: بعه لي وقبضه لسفك صبح السبع دون القبض، لأنه لم يصح قبض الرهن).

وقبض المرتن فرعه، وتقاتل أن يقرب. إن قص حراه ليس شرطاً لصحة البيع، ولا لملك الثمن، فمجرد اسع عند الرهن الثمن، وأداء ادين يملكه الرهن صحيح.

قوله: (لكن ما قبضه يكون مضموناً عليه، وإن القبض الفاسد يشابه الصحيح في الضمان).

لأنه د قبضه على أنه نفسه [اقتضى منك ياه، ود تلف يكون من ماله. وهذا القدر هو الرد من الضمان بقبض لصحيح، فإذا قبضه لنفسه] (١) وكان القبض فاسداً اقتضى الضمان؛ لكونه قصد دحوله في منك مستلزم أنه د تلف يكون منه.

قوله: (ولو قال: بع مطلقاً صبح).

تنزيلاً بمطلق على وجه يصح.

### الفصل السابع : في التنازع :

لو اختلفا في عقد الرهن قدم قول الراهن مع يمينه .  
ولو ادعى دخول النخل في رهن لأرض قدم قول الراهن في انكار  
الدخول والوجود عند الرهن ، فإن كذبه الحس وأصر جعل ناكلاً ،  
وردت اليمين على المرتهن ،

قوله : ( لو اختلفا في عقد لرهن قدم قول الراهن مع يمينه ) .  
أي : لو اختلفا في وقوع العقد وعدمه ؛ لأن الإختلاف في أحواله سيأتي .  
ولا يطرد فيها تقديم قول الراهن بيمينه .  
قوله : ( لو ادعى دخول النخل في رهن الأرض قدم قول الراهن في  
إنكار الدخول والوجود عند الرهن ) .

أي : لو ادعى المرتهن دخول النخل في عقد أرضه المجاري على الأرض ،  
فإن أنكر الراهن لدخول فالقول قوله بيمينه . وكذا لو أنكر وجود النخل في وقت  
رهن الأرض ، فإن ذلك كاف في اجوب ؛ لاستلزامه نفي رهنه ، وتقديم قوله  
بيمينه .

قوله : ( فإن كذبه الحس وأصر جعل ناكلاً ، وردت اليمين على  
المرتهن ) .

أي : فإن كذب الحس الراهن في إنكاره وجود النخل عند رهن الأرض ،  
بأن كان النخل مقطوعاً بوجوده حينئذ لم يكن جوابه عن الدعوى بإنكار وجوده  
حينئذ كاف في اجواب ؛ لكونه كذباً ، فلا بد من أن يحجب عن الدعوى بدخول  
النخل في الرهن . بجواب صحيح من إقرار وانكار .

فإن أصر على الجواب بعدم لوجوده . بعد مصالبة الحاكم له بالجواب  
الصحيح جعله ناكلاً ، ورد اليمين على المرتهن ، فيحلف على الدخول . وفي حواشي  
الشهيد احتمال عدم اليمين ؛ لظهور كذب الراهن . وليس بشيء ؛ لأن اليمين



وإن عدل إلى نفي الرهن حلف.

ولو ادعى عليها رهن عبدهم، فلاأحدهما إذا صدقه أن يشهد على الآخر، ما لم يجبر نفعاً بأن يشهد بالرهن على الدين، وعلى كل جزء منه.

لشبهت رهن اسخل، ولا يسم من الكذب في عدم الوجود لكذب في عدم الدخول.

ولا يخفى، أنه لو كذب بحس دعوى المرتهن الدخول، بأن قطع بعدم وجوده وقت لرهن انتفت دعواه، ولا حاجة إلى اليمين.

قوله: (وإن عدل إلى نفي الرهن حلف).

أي: وإن عدل لرهن عن الجواب - بأكار الوجود عند ظهور تكذيب الحس أيام أن نفي الرهن النخل كان جواً مخصصاً، فبحلف عليه، وهذا عدل قوله: (فإن أصر).

وإنما يصح حواه هذا ويميه إذا لم يسبق منه ما ينفق، فإن سبق ما ينافيه كأن أقر بأنه رهنة لأرض ومادار عليه حانطها مثلاً فإنه لا يحلف حينئذ؛ لدخول النخل حينئذ يقتضي لقص بوجوده وقت العقد.

قوله: (ولو ادعى عليها رهن عبدهما فلاأحدهما إذا صدقه أن يشهد على الآخر ما لم يجبر نفعاً، بأن يشهد بالرهن على الدين، وعلى كل جزء منه).

وجه جر النفع بذلك، أنه مع كون الرهن كذلك يصير ما لكل منها رهناً لكل جزء من أجزاء الدين، فيكون سهم الآخر من العبد رهناً بما عليه من الدين، إن كان رهناً بدين في دمه، ووثيقة بما على حصته من العبد رهناً بدين من الدين، وذلك نفع ورفق.

ولا ينحصر جر النفع فيما ذكره، فالأولى أن يعبر بعبارة لا تقتضي الحصر، فيقول: كأن، ونحوه، ومع عدم حر النفع تقبل الشهادة مع العدالة وباقي الشروط، إذ لا مانع، كأن تكون دعواه: أن كل حصته مرهونة بدين،

ولو كذبه كل منها عن نصيبه، وشهد على شريكه لم تقبل  
شهادتهما؛ لزعمه أنها كاذبان، إلا أن نقول: الصغيرة لا تطعن في العدالة  
والكذب منها.

ولو ادعيا على واحد رهن عبده عندهما، فصّدق أحدهما خاصة  
فنصفه مرهون عند المصدق، فلو شهد للآخر فإشكال ينشأ: من تشارك

ولا يقترب بها جر النفع.

قوله: (ولو كذبه كل منها عن نصيبه، وشهد على شريكه لم تقبل  
شهادتهما؛ لزعمه أنها كاذبان، إلا أن نقول: الصغيرة لا تطعن في  
العدالة، والكذب منها<sup>(١)</sup>).

لا ريب أن الصغيرة لا تنقدح في عدة، والمصنف يقول بذلك، وإن  
كانت عبارته هنا قد توهم خلاف ذلك، فإن ما خوله غير مراد. وأما لكذب،  
فإن كان على الله، أو على رسوله، أو على الأئمة عليه وعليهم السلام فهو من  
الكبائر، وما عداه فهو من الصغائر ينبغي أن لا يعدح في العدالة منه إلا ما أخرج  
عن المروءة، واذن بالخسة.

دا عرفت هذا فنقول: لو قسم أن يكذب قدح في العدالة لم يكن هنا  
مانعاً من قبول الشهادة؛ لأن المانع من ذلك على هذا التقدير هو تعدد الكذب،  
ولم لا يجوز أن يكون هذا الإنكار - الذي يزعمه أنه كذب - نشأ عن نسيان، أو  
غلط، وبحود ذلك، وحينئذ فلا يلزم ما ذكره، ومن هذا يعلم أن من أقر بفسق  
شاهده لا تقبل شهادته له.

قوله: (ولو ادعيا على واحد رهن عبده عندهما، فصّدق أحدهما  
خاصة، فنصفه مرهون عند المصدق).

المصدق مفتوح الدال بصيغة اسم المفعول.

قوله: (فلو شهد للآخر، فشكك ينشأ: من تشارك الشريكين

(١) في نسخة جامع المقاصد والكذب ليس بها، وما نشأ من نسخة القواعد، وهو الصحيح.

الشريكين المدعين حقاً فيما يصدق الغرم أحدهما عليه، أولاً، فإن قلنا بالتشريك لم يقبل، وإلا قبلت.

ولو اختلفا في متاع فادعى أحدهما أنه رهن، وقال المالك :  
وديعة قدم قول المالك مع اليمين على رأي.

المدعين حقاً، فيما يصدق الغرم أحدهما عليه، أولاً، فإن قلنا بالتشريك لم تقبل، وإلا قبلت).

محصل الكلام: أن منشأ الاشكال: التردد في أن تصديق الغرم لأحد الشريكين في شيء ادعى عليه هل يقتضي أصل الشركة - اشتراكها في المصدق عليه - أم لا ؟ يدل على ذلك قوله: (فإن قلنا...).

وإنما لم يقبل على تقدير لقول بالتشريك ؛ لأن الشاهد يدفع عن نفسه حينئذ مشاركته فيما اقتربه المدعى عليه.

والتحقيق أن نقول: إن كان سبب لاستحقاق موحياً للتشريك ، ككون الدين المرهون به مستحقاً لها بالارث بتصادقها، أو الرهن مستقر اليها بالارث، أو الدين من مال مشترك فيه، وبمحو ذلك فلا إشكال في مشاركة الآخر للمصدق، وعدم قبول لشهادة. وإن لم يكن ثم ما يقتضي التشريك في الدين، ولا في الرهن فلا إشكال في عدم المشاركة، وانتفاء المانع من قبول شهادته، وسيأتي في الصلح ما يوافق ذلك .

قوله : (ولو اختلفا في متاع، فادعى أحدهما أنه رهن، وقال المالك : وديعة قدم قول المالك على رأي).

هذا الرأي هو الأصح ؛ لأن اليمين هي من أنكر. وجماعة على أن المصدق المدعي إذا ادعى رهنه بمقدار قيمة المتاع، تعويلاً على روية (١) فيها ضعف، وعملًا بقول ذي اليد، وضغطه ظاهر.

(١) الكافي ٥ : ٢٣٨ حديث ٤ ، لمعه ٣ : ١٩٥ حديث ٨٨٨ ، التهذيب ٧ : ١٧٩ حديث ٧٧٦ ،

الاستبصار ٣ : ١٢٢ حديث ٤٣٦ .

ولو قال: الرهن هو العبد، فقال: بل الجارية بطل رهن ما يكره المرتين، وحلف الراهن على الآخر وخصاً عن الرهن. أما لو ادعى انبأ اشترط رهن لعبد على الثمن، فقال لمشتري: بل الجارية احتمال تقديم قول الرهن وهو لأقوى، والتحالف، وفسخ البيع.

قوله: (ووقال: الرهن العبد، فقال: بل الجارية بطل رهن ما يكره المرتين...).

إما كان كذلك؛ لأن الرهن المحصر حق المرتين، وهو حائز من طرفه، ودعي رهن العبد انتهى عنه، ولم يحتج إلى البيع فبقى الرهن على الراهن؛ سمي ما يدعي به من رهن الجارية.

قوله: (ثم لو ادعى السائح اشترط رهن لعبد على الثمن، فقال المشتري: بل الجارية احتمال تقديم قول لرهن - وهو الأقوى - والتحالف، وفسخ البيع).

وجه الأول: أن نكار شروط الجارية، وإنكار استحقاقه من المرتين كاف في نفي استحقاقه، فيبقى النزاع في اشترط رهن العبد، والقول قول لراهن فيه؛ لأنه منكر.

ويضعف: بأن إنكار اشتراط رهن الجارية يقتضي انتفاء هذا الفرد من أفراد البيع الذي يدعي لراهن، وهو - لزومه من الحائزين - لازم للمرتين على تقدير وقوعه، فكيف ينفي بمجرد الإنكار، ويسقط حق الآخر من هذا العقد المدعى به؟

وجه التحالف: أن اختلاف الشرط على الثمن من جملة مكملات الثمن، فكأن واحد يدعي ثمناً، كما لو قال: بعثك بهذا العبد، فقال: بل بهذه الجارية. وليس هذا كما لو قال: بعثك بمائة وخمسين، فقال: بل بمائة؛ لاتفاقها على قدر متفق الأوصاف، واختلافها في ثبوت الزائد ونفيه، فإن منكر الزائد قد يقال هو

ولو قال: رهنت العبد، فقال: بل هو والحارية قدم قول الراهن.  
ولو قال: دفعت ما على الرهن من الدين صدق مع اليمين دون  
صاحبه، أما لو أنكر العزم القبض قدم قوله.  
ولا فرق بين الاختلاف في مجرد الية، أو في اللفظ.

المكر، بخلافه هنا، وهذا قوي متين. وعلى ما قواه لمصنف يحتمل بقاء عقد  
البيع بعد انتهاء شرط كس من العبد والحارية، أحدهما سمي المرتن، والآخر  
باليمين. وفيه بعد؛ لا تماقهي على وقوع عقد مع شرط.  
ويحتمل المصحح؛ ثبوت شرط. وبعد؛ لأن ثبوت المصحح في عقد لارم  
مجرد نفي المرتن اشترطه رهن بالحارية. وبإني وحيث انقضاء بالعقد، إلا أن  
يدل الدليل على ثبوت التسلط على المصحح.  
قوله: (ولو قال: رهنت العبد، فقال: بل هو والحارية قدم قول  
الراهن).

لإنكاره رهن الحارية، ولا بد من اليمين.  
قوله: (ولو قال: دفعت ما على الرهن من الدين صدق مع اليمين  
دون صاحبه).

لأن ذلك مستند إلى نيته، وهو أعرف بها، ولا طريق إلى العلم بها إلا  
من قبله. ولو قال المرتن: أنه كان قد أقر لي، بأنه إما دفع عن الدين الآخر  
فالقول قوله باليمين أيضاً.

قوله: (أما لو أنكر العزم القبض قدم قوله).  
من هذا يعلم: أن المسألة لأولى حيث يتصادقان على القبض، ويختلفان  
في تعيين المقبوض عنه، فما مع الاختلاف فيه فإن القول قول منكره.

قوله: (ولا فرق بين الاختلاف في مجرد النية أو في اللفظ).  
فلو قال ادفع: نويت الدين الفلاني، وقال الآخر: بل نويت الفلاني  
فله إخلافه، وإن كانت السية أمراً قبيحاً لا يطلع عليه إلا من قبله؛ لأن الأمر

ولو قال: لم أنو عند التسليم أحد لسنتين حتمل التوزيع، وأن يقال له: اصرف الأداء الآن الى ما شئت.

وكذا نظائره، كما لو تبيع مشركان درهماً بدرهمين، وسلم مشتري الدرهم درهماً ثم أسلما، فإن قصد تسليمه عن الفضل فعليه الأصل، وإن قصد عن الأصل فلا شيء عليه، وإن قصدهما وزع وسقط ما بقي من الفضل، وإن لم يقصد فالوجهان.

الخصي تسمع الدعوى فيه بمجرد التهمة على الأصح، ويترتب عليها اليمين ولا تُرد. ومثاني هذه الأحكام كلها ان شاء الله في كتب القضاء، وكلام المصنف هنا منزل على ذلك.

وأما لاختلاف في اللفظ فظاهر، كما لو قال: قد قُبِحت قائلاً به عن العلاني، أو اقررت بذلك فانكر، وقال: ربي قلت إنه عن العلاني، ويقدم قوله بيمينه؛ لأنه منكر.

قوله: (ولو قال: لم أنو عند التسليم أحد الدينين حتمل التوزيع، وأن يقال له: اصرف الأداء الآن الى ما شئت).

وجه الأول: ان القاض يملك بالأحد قطعاً، لوجود المقتضي وهو الاستحقاق، وانتفاء المانع، فلا بد أن يسقط من الذمة من الدين ما يقابله، ولا ترجيح لأحد الجانبين، فتعين التوزيع، وهو لأقوى.

وجه لثاني: انتفاء النية حول الدفع فبيد ركها الآن، لأن المرجع في ذلك الى اختياره، وحيث لم يسبق له احتيار شيء، فبيخير متى شاء، ويدهمه اقتضاء ملك القاض للمقبوض وقوعه عن شيء.

قوله: (وكذا نظائره، كما لو تبيع مشركان درهماً بدرهمين، وسلم مشتري الدرهم درهماً ثم أسلما - الى قوله: - وإن لم يقصد فالوجهان).

في فرض المسألة في شركتين، لأشركا مسمى لكلا طرفي الدنأ بين المنع من الرضا في حقها، وأخورد في لا ينصرف به مع وتقريبه معوم

ولو كان لزيد عليه مائة، ولعمرو مثلها، وو كلا من يقبض لها  
فدفع المديون لزيد أو لعمرو فذاك ، وإلا فالوجهان.  
ولو أخذ من المماطل قهراً فالاعتبار بنية الدافع ، ويحتمل  
القابض ، ولو فقدت فالوجهان.

بما سبق، والأصح التوزيع هنا أيضاً.

قوله : (ولو كان لزيد عليه مائة، ولعمرو مثلها وو كلا من يقبض  
لها، ودفع المديون لزيد أو لعمرو فذاك ، وإلا فالوجهان).  
أي: وإن لم يكن كذلك ، بأن لم يدفع لواحد منها بعينه بدليل (أو)  
فالوجهان السابقان يأتيان هنا ، ولأصح التوزيع . وفي العارة مناقشة لطيفة، وهو  
أن موضع الوجهين إذا دفع ولم يسو شيئاً ، لا ما إذا لم يسو واحداً بعينه، اد لو  
نواهما لم يطرد عني الوجهين فله.  
قوله : (ولو أخذ من المماطل قهراً فالاعتبار بنية الدفع ، ويحتمل  
القابض ، ولو فقدت فالوجهان).

الأخذ من المماطل يقتضي أن يكون الدافع هو المماطل، فلا يرد عليه  
ما لو أخذ الحاكم ودفع، حيث أن الوجهين لا يأتيان؛ لأن بية الحاكم قائمة مقام  
بية المديون.

فاذا بوى الدافع - وهو المماطل - أحد الدينين، ونوى القابض الآخر ففيه  
احتمالان: ترجيح نية الدافع؛ لأن الاعتبار إنما هو ببيته. وترجيح بية القابض؛  
لأن الأخذ قهراً صيرها غير معتبرة، كما في الركاة إذا أخذت قهراً. وليس  
بشيء، إذ القهر إن استمر أي حصول الدفع فلا بية للدافع أصلاً، ليعتبر  
ترجيحها وعدمه.

وإن حصلت السية عنده لم يكن الدفع قهراً؛ لأن المقهور المجبر لا يكون  
مريداً ولا ناوياً، بل صدور النية منه، مع كون الأخذ منه قهراً مما لا يجتمعان.  
وقوله: (ولو فقدت) يريد به ما لو فقدت نية كل منها، إذ لو وجدت  
النية من لقابض فقط، فرجحان اعتبارها عنده ظاهر، ومع فقدتها فأصح الوجهين

ولو كان التداعي في الإبراء قدم قول المرتهن، ويقدم قول الراهن في عدم الرد مع اليمين، وفي قدر الدين على رأي، وفي أن الرهن على نصف الدين لا كله، وعلى المؤجل منه لا الحال،

التوزيع، كما في باقي النظائر.

واعلم أن اشرح ولد المصنف رعم ث محي. بوجهين احتمال ثالث في مسألة الأحد من المساطل قهراً، التي هي موضع بوجهين الأول (١). وهو قريب؛ لأن موضع الوجهين مسألة أخرى، وهو ما إذا فقدت ثنية من كل منها، وهنا لا يحى (٢) الاحتمالان الأولان.

قوله: (ولو كان التداعي في الإبراء قدم قول المرتهن).

لأنه منكر، والأصل بقاء الدين.

قوله: (ويقدم قول الراهن في هذه الرد مع اليمين).

أي: في عدم رد الرهن كله، لأن الأصل عدمه، واليمين على من أنكر، وروي عنه وعن أسودع والوكيل؛ لأن كلاً منها قصص نصحه حديث يحيى، والمرتهن قصص لمصحه.

قوله: (وفي قدر الدين على رأي).

لأنه منكر للرائد، والأصل عدمه. وقد ابن الحسيد: يقدم قول المرتهن ما لم ترد دعواه عن قيمة الرهن (٣)، تعويلاً على رواية (١) فيها ضعف، مع مخالفتها لطاهر المتواتر.

قوله: (وفي أن الرهن على نصف دين لا كله).

لأن الرهن ينكر وقوع الرهن على لئله على الصف.

قوله: (وعلى المؤجل منه، لا الحال).

(١) ايضاح نعوته ٢ : ٤٥

(٢) في «٢» يحى

(٣) نقله عنه في ايضاح نعوته ٢ : ٤٥ .

(٤) التلخيص ٧ : ١٧٥ حديث ٧٧٤



وقول المرتين في عدم لتفريط والقيمة، وفي أن رجوعه عن إذنه للراهن في البيع قبله ترجيحاً للوثيقة، ولأن الأصل عدم بيع الراهن في الوقت الذي يدعيه، وعدم رجوع المرتين في الوقت الذي يدعيه، فيتعارضان ويبقى الأصل استمرار الرهن. ويحتمل تقديم قول الراهن عملاً بصحة العقد.

أي: ويقدم قول الراهن في أن لرهن على الدين المؤجل، لا الحال. وكذا العكس؛ لأن ما أنكر المرتين الرهن به يدفع بانهكاه، وعليه في دفع الآخر اليه، لكونه منكراً. وظاهر عبارة يقتضي ثبوت الرهن بالدين المخالف، لما يحلف الراهن على قى كونه الرهن به، وليس كذلك. وفي حواشي الشهيد: احتمال التحالف هاء (ليس شيء) كما لا يخفى؛ لاندفاع ما ينكره المرتين مجرد انكاه.

نعم، لو احتلفا في المشرط مثلاً في عقد البيع جاء احتمال التحالف هنا، ويتجه كونه الأقوى.

قوله: (وقول المرتين في عدم التفريط والقيمة).

لكونه منكراً في كل من لمسألتين، إذ الأصل عدم تفريطه، والأصل عدم ما يدعيه الراهن عليه من زيادة لقيمة، حيث لزمته بتعد وتفريط.

قوله: (وفي أن رجوعه عن إذنه للراهن في البيع قبله ترجيحاً للوثيقة، ولأن الأصل عدم بيع الراهن في الوقت الذي يدعيه، وعدم رجوع المرتين في الوقت الذي يدعيه فيتعارضان، ويبقى الأصل استمرار الرهن. ويحتمل تقديم قول الراهن، عملاً بصحة العقد).

ما أتى به هنا هو غشاه في تحرير<sup>(١)</sup> ولا رشاد، وهو مذهب الشيخ<sup>(٢)</sup>، وأكثر المتأخرين<sup>(٣)</sup>. وفي لتذكرة حكاة عن الشيخ، ولم يفت

(١) التحرير: ٢٠٨.

(٢) البسوط: ٢: ٢١١.

(٣) مهم: لشهد في الدروس: ٤٠٥.

بشيء<sup>(١)</sup>.

واحتج المصنف على ما أقي به بوجهين: الثاني منها ذكره الشيخ<sup>(٢)</sup> واجماعة<sup>(٣)</sup>، والأول لا يكاد يغايره.

الأول: ترجيح جانب الوثيقة عملاً بالاستصحاب.

الثاني: أن كلاً من دعوى الرهن والمرتهن قد استندت إلى أصل فينكافئان، وتبقى أصالة استمرار الرهن غير معرض.

فما الأول: فلأن الرهن يدعي صدور البيع على وجه مخصوص، وهو قبل رجوع المرتهن، والأصل عدمه؛ لأن الأصل في كل أمر يمكن العدم حتى يعلم وجوده، والمرهن يدعي صدور الرجوع منه، على وجه مخصوص أيضاً، وهو قبل صدور السع، والأصل عدمه أيضاً، فوقع التعارض.

وما الثاني: فلأن المرحح ما ذكر، وبه نظر من وجوه:

أ. أن لأصل وإن كان عدم صدور اسع على الوجه الذي يدعيه الرهن، إلا أنه لا يتمسك به لأن؛ لحصول ساقط عنه، وهو صدور البيع مستجماً لجميع ما يعتبر فيه شرعاً، وليس هناك ما يحرم صحته، إلا كون الرجوع قبله.

ويكفي فيه عدم صدور العلم بوقوعه كذلك، والاستناد إلى أن الأصل بقاء الادن السابق؛ لأن المانع لا يشترط بعدم بانتفعته لتأثير المقتضي، وإلا لم يمكن التمسك بشيء من العلل الشرعية، إذ لا يقطع تنفي موانع تأثيرها بحسب الواقع، وهو معلوم البطلان، فإن من صلي مراعياً للأفعال والشروط، يكفيه لصحة صلاته الاستناد إلى أصالة عدم طروء لحاسة المانعة من الصحة على ثوبه أو بدنه الطاهرين، وإن لم يعلم انتفاءها بحسب الواقع قطعاً، هذا مع اعتضاده بأن الأصل في البيع الصحة واللزوم. وحيث تحقق الناقل عن الأصل امتنع

(١) الطائفة ٢: ٤٥.

(٢) المبسوط ٢: ٢١٠.

(٣) منهم: المحقق في الشرائع ٢: ٨٥، والشهيد في البروس: ٤٠٥.

التمسك به، وخرج عن كونه حجة، فإن أصل الطهارة في الماء - بعد ثبوت  
المقتضي بتحسين مثلاً - لا يتمسك به، وحينئذ يستفي حكم كل من الأصدين  
اللذين ذكرهما.

ب: إن ما ذكره من الاستدلال، إما يتم على تقدير تسليم بقاء الأصدين  
المذكورين مع الإحصار فيها، وفي الأصل لثالث الذي ذكره. وليس كذلك،  
فإن لنا أصلاً آخر من هذا الجنس أيضاً، وهو أن الأصل في البيع الصحة  
واللزوم، ووجوب الوفاء بالثمن.

ج: إن ما ذكره من الاستدلال على إطلاقه يحري عن ما إذا طلقا  
الدعوى ولم يعيها وقتاً لبيع أو الرجوع، وما إذا عيها لأحدهما وقتاً واحتلما في  
الآخر. وليس محتملاً، فإنها إذا انقضت على وقوع البيع يوم الجمعة، واحتلما في تقدم  
الرجوع عليه وعدمه، الأصل عدم التقدم.

وينعكس الحكم لو اتفقت على وقت الرجوع، واحتلما في تقدم البيع عليه،  
فيحصل على هذا التقدير أصل آخر، وقد نه عن ذلك في الدروس<sup>(١)</sup>.

واعلم أن المصنف في استدراكه حكى عن بعض العامة تفصيلاً، وهو: أنه  
لو قال الراهن أولاً: تصرفت بادت، ثم قال المرتهن: كنت رجعت قبله فالقول  
قول الراهن بيمينه. وإن قال المرتهن أولاً: رجعت عما ادبت، فقال الراهن: كنت  
تصرفت قبل رجوعك فالقول قول المرتهن بيمينه؛ لأن الراهن حين ما أجبر لم يكن  
قادرًا على الإنشاء<sup>(٢)</sup>.

قلت: ويقرب منه ما لو تصادقا على صدور البيع، ثم اختلفا في حال  
الرجوع، أو تصادقا على صدور الرجوع، ثم اختلفا في حال البيع أخذ بالاقرار  
السابق.

(١) الدروس: ٤٠٥.

(٢) التذكرة ٢: ٤٥، وذهب إلى هذا القول الشافعي كما في المغني لابن قدامة ٤: ٤٨٨.

ولو ادعى الراهن العلط في قراره قبض المرتن الرهن تعويلاً على كتاب وكيله فخرج مزوراً، أو قال: أقبضته بالقول وظننت الاكتفاء قدم قول المرتن مع اليمين. وكذا لو قال: تعمدت الكذب إقامة لرسم القبالة. أما لو أقر في مجلس القضاء بعد توجه دعواه فالوجه أنه لا يلتفت إليه، وكذا لو شهدت الينة بمشاهدة القصة.

اد تقرر هذا، علم أن مذهب الأصحاب تعديم قول المرتن، فيسمي الوقوف معه، وإن كان الدليل يقتضي خلافه. قوله: (ولو ادعى الراهن العلط في قراره قبض المرتن، تعويلاً على كتاب وكيله فخرج مزوراً، أو أقبضته بالقول وطست الاكتفاء قدم قول المرتن مع اليمين). وذلك؛ لأن الأصل في الإقرار بصحة، ومطابقة الواقع. وعلم أن قول المصنف: (أو أقبضته) حذف، تقديره: أو قال: أقبضته، وبحو ذلك، ومعنى أقبضته القول. قلت له: أقبضت، وبحو من القول بدي ليس قبضاً، طأ منه الاكتفاء به.

قوله: (وكذا لو قال: تعمدت الكذب إقامة لرسم القبالة). قبالة، بما سمعه، بفتح القاف: الوثيقة، والمعنى إني أردت إقامة رسم القبالة، وهي وثيقة الرهن، أي: كتب، ولشهادة بها، ولما لم يتم من دون الإقرار بالقبض أقررت به، ولم يكر في الوقع قبض، فإن المرتن يحذف لا الراهن؛ لاعتضاد المرتن بالأصل، ومثل ذلك يجري كثيراً في العادة. قوله: (أما لو أقر في مجلس القضاء بعد توجه دعواه فالوجه أنه لا يلتفت إليه).

لأن الإقرار في مجالس الحكام بعد توجه الدعوى، وطلب الجواب مما لم تجر العادة بالمساحة فيه، والمجازفة والعقل يقتضي أن لمدعى عليه لا يقر الآن إلا بما أقدم على المؤاخذه به والالزام بمقتضاه، فلا يجيب إلا بما هو محقق عنده، ولولا

ولو اعترف الجاني بالجناية على الرهن، فصدقه الراهن خاصة  
أخذ الأرض، ولم يتعلق به المرتهن. ولو صدقه المرتهن خاصة أخذ الأرض،  
وكان رهنا الى قضاء الدين، فادأ قضى من مال آخر فهو مال ضائع لا  
يدعيه أحد، ولو جنى العبد فاعترف المرتهن خاصة قدام قول الراهن مع  
اليمن.

ذلك لم يوثق بالأقارير الجارية في مجالس الحكام.

واحترر بقوله: (بعد توجه الدعوى) عمالو أقر في مجلس القضاء، لا مع  
توجه الدعوى، بل إقامة لرسم القبالة مثلاً، فان اليمن لا ينتهي عن المرتهن هنا.  
قوله: (ولو اعترف الجاني بالجناية على الرهن، فصدقه الراهن  
خاصة أخذ الأرض، ولم يتعلق به المرتهن).

أي: ولم يكن للمرتهن به علاقة حق، لتكذيبه بالحماة المقتضي لنفى  
استحقاقه الاستيثاق.

قوله: (ولو صدقه المرتهن خاصة أخذ الأرض وكان رهنا الى قضاء  
الدين، فاذا قضى من مال آخر فهو مال ضائع لا يدعيه أحد).  
قد يقال. أخذ المرتهن الأرض إنما يستقيم بناء على أن المرتهن يستحق إقامة  
اليد على الرهن، وقد عرفت سابق مافيه. إلا أن يقال: الحكم باليد هنا ثبت  
مطلقاً، ضرورة تعذر إذن لراهن هاء لإمكاره للجناية. وقوله: (وكان رهنا الى  
قضاء الدين...) لا يحصل له؛ لأن كل رهن كذلك، وكأنه أراد بكونه رهناً:  
مقتضاه السابق، وهو كونه في يده الى حين قضاء الدين ثم هو مال ضائع، أي:  
لا يعرف مالكة فيسلم الى الحاكم. وسيأتي ان شاء الله تعالى حكمه في الإقرار،  
فما لو كذب المقر له المقر في اقراره. وقد بعلم من قوله: (فاذا قضى من مال  
آخر) أنه يجوز القضاء منه، وهو صحيح لانتفاء المانع.

قوله: (ولو جنى العبد، فاعترف المرتهن خاصة قدام قول الراهن  
مع اليمن).

لأنه المالك، فلا يثبت حق الجناية عليه بمجرد اقرار المرتهن.

ولو اعترف الراهن خاصة قدم قول المرتن مع اليمين، فإن بيع في الدين فلا شيء للمقر له، ولا يضمن الراهن. ويحتمل الضمان مع تمكنه من الفك لقضاء ثمنه في دينه.

قوله: (ولو اعترف الراهن خاصة قدم قول المرتن مع اليمين). لأن له حق الاستيثاق، فلا تثبت حماية المعصية أو سقوطه بمجرد اقرار الراهن.

قوله: (فإن بيع في الدين فلا شيء للمقر له، ولا يضمن لراهن).  
بعدم نصيره، حيث أنه أقر بالاجابة، ولا تعدية، إذ الفرص أن البيع ليس منه.

قوله: (ويحتمل الضمان مع تمكنه من الفك لقضاء ثمنه في دينه).

كبرى قياس عدووه وهي. كبر كد كدث فهو مصمون، وقد نقل اشرح لأرجاع على حقبة لكبرى<sup>(١)</sup>، ومقتضى الدلائل المذكور الضمان مع قضاء الدين به وأن يتمكن من الفك. ووجهه طهر، فإن إقرار الراهن، بحماية يقتضي استحقاق المحسني عليه اجابتي بولا حق المرتن، وهذا قصي دين اراهن منه ثمره، أو بأمر الحاكم الجاري بحري ثمره كان عليه الضمان، وهذا قوي جداً.

لكن يرد عليه: أنه على تقدير وقوع الحماية، فسمع العد في الدين غير صحيح، إن كانت الحماية عمداً، ويبقى استحقاق قصاص والاسترقاق بحاله، لأن الاختيار فيه الى الجاني عليه، فلا يصح الاستدلال بالقياس المذكور على الضمان في هذا الفرد.

نعم، لو كانت الحماية خطأ، وبيع بأمر الراهن دون وجه الضمان هنا

ولو قال الراهن: أعتقته، أو غصبته، أو جنى على فلان قبل أن  
رهنت حلف المرتن على نفي العلم، وغرم الراهن للمقر له للحيلولة.  
ولو نكل فالأقرب إحناف المقر له لا الراهن،

ظاهر؛ لأن الأمر بالبيع من الراهن يكون التزاماً للقضاء فيضمه. والظاهر أن أمر  
الحاكم بالبيع - لكونه لقضاء دين واجب عليه - منزل منزلة أمره، فيسبغى أن  
يلحظ ذلك، وهذا إذا كانت الجنابة بعد الرهن.

أما قبله فإن عليه الصمان قطعاً، لأن تصحيح حق المجني عليه منه حيث  
رهن الجناني، ولم يختر بالحال.

واعلم أن في عبارة المصنف ما يقتضيه، فإنه لا معنى لقضاء الثمن في الدين؛  
لأن القضاء للدين لا للشئ، فكان حقه أن يقول: لقضاء دينه من ثمنه، فهو  
كلام معلوب. ولعله ارتكبه لظهوره، كما في قولهم: يخرق الثوب المسمار، وهو من  
من قول كلامهم.

قوله: (ولو قال سراهن: أعتقته، أو غصبته، أو جنى على فلان  
قبل أن رهنت حلف المرتن على نفي العلم، وغرم الراهن للمقر له  
للحيلولة).

أي: لو قال الراهن كنت أعتقته، أي: العبد المرهون، أو غصبته من  
فلان، أو جنى على فلان، وكان ذلك قبل الرهن، فانكر المرتن ذلك حلف  
على نفي العلم بما ادعاه.

والخصومة كما تجري بين المرتن والمعتق، والمقصوب منه والمجني عليه،  
فكذا تجري بينه وبين الراهن؛ لأن تخصيص نفسه من الإثم والعزم أمر  
مطلوب، فإذا حلف المدعى، فبغرم الراهن حينئذ للمعتق، وللمقصوب  
منه، وللمجني عليه الذين هم المقر لهم، لحيلولة بينهم وبين حقهم برهنه قبل  
الإقرار وأثبات السطنة للمرتن عليه طاهراً.

قوله: (ولو نكل فالأقرب إحناف المقر له لا الراهن).

أي: لو نكل المرتن عن إيمين أحلف المقر له من الثلاثة المذكورين، لا

فبيع العبد في الجناية والفاضل رهن، أو العبد فيعتق.  
ولو نكل المقر له احتتم الضمان لاعترافه بالحيلولة، وعدمه  
لتقصيره بالنكول مع تمكين المقر باقراره، والمرتهن بنكوله،

الراهن على الأقرب؛ لأن الحق للمقر له، فدا نكل المدعى عليه ردت يمين على  
من له الحق.

ويحتتم إخلاف الراهن؛ لأن الحصومة معه، وخلاصه من ضمان أمر  
مطلوب. والأصح الأول؛ لأن الخلف لا تثبت حال لم ير لا يجوز، والخلاص من  
ا ضمان فرع ثبوته.

قوله: (بيع العبد في الجناية، والفاضل رهن، أو العبد فيعتق).  
إذا خلف المقر له اليمين المردودة ثبت الحق في نصيب بأحد  
المعصوب من ماله وهو طاهر، ولهذا لم يتعرض له المصنف. وفي الجناية يباع العبد  
إن استوعبته، أو لم يمكن بيع ما تستدعيه الجناية.  
والفاصل عنها من القيمة يكون رهنا، وإن أمكن بيع مقدار الجناية  
فالباقى كما كان رهن. وفي العتق تقطع السلطة عن العبد المرهون، بثبوت عتقه  
وحرية. وعلم أن نظم العارية سبب بحسن؛ لأن العبد مقر له، فيدرج في قوله:  
(فالأقرب إخلاف المقر له).

ولا يحسن قوله بعد: (أو، سبب فيعتق) لأن ذلك تكرر بغير فائدة، مع  
إهامه عدم اندرجه في قوله: (المقر له) وببر قوله: (فيعتق) بمنع الياء وكسر  
اتاء، أي: فيظهر عتقه، لأنه باقراره معتق.

قوله: (ولو نكل المقر له احتتم الضمان؛ لاعترافه بالحيلولة،  
وعدمه لتقصيره بالنكول مع تمكين المقر باقراره، والمرتهن بنكوله).

ولو نكل المقر له عن اليمين احتتم ضمان المقر له؛ لاعترافه بالحيلولة  
لموجة لضمائه، فلا يسقط الغرم، بوجب سببها بنكول المقر له. ويحتتم عدمه،  
تقصير مقر له بنكوله عن اليمين، مع تمكين المقر به من اليمين باقراره والمرتهن



وغرامته للعبد بفكه من الرهن عند الحلول، فإن تعذر وبيع وجب فكه بالقيمة مع البذل، وبالأزيد على اشكال.

بنكوله. وليس بشيء؛ لأن تقصيره في إثبات حقه على المرتن لا يسقط حقه عن الراهن.

ولا محصل لقوله: (مع تمكين المقر باقراره) فإن رد ائمين على المقر له لا يتوقف على اقرار المقر، وكأنه أراد معنى آخر، وهو: أن المقر لم يقصرهما وحب عليه، حيث أقرب بصورة الواقعة، فم تساعد له عبارة.

ويرد عليه: أن عدم تقصيره لا يسقط ما وحب بالعدوان اسبق حيث ربه، ولم يحرم بالواقع، على أن اسكول على ائمين لا يعد تقصيراً، فإن المرار من الخلف أمر مطلوب مرعب فيه في الكتاب و آسة، والحق أنه بصر.

قوله: (وغرامته للعبد بفكه من الرهن عند الحلول).

أي: لعمة للمحسي عليه والمعصوب منه للحيلولة حيث يجب معلوم، فلا يحتاج الى انصرص لبيه. وأما العرم للعبد لدى أقربائه معتق، فحيث أنه ليس على نهج الغرم في الاولين تعرض لبيانه.

فعرمة له إنما تعقل بفكه من الرهن، د لا يعقل أمر آخر مثل عرم القيمة له مثلاً، إذ الحر لا قيمة له. وقوله: (عند الحلول) مستدرك، بل مفسد، لأن فكه واجب سواء كان قبل الحلول أو بعده. وإن كان بعد الحلول قد صار متمكناً من إلزام المرتن باستيعاء دينه، وفك الرهن، إلا أنه قبل الحلول لو امكنه ذلك، بارصاته ياه ولو ببذل زيادة وحب عليه.

قوله: (فإن تعذر وبيع وحب فكه بالقيمة مع البذل، أو بالأزيد على اشكال).

لا شبهة في وجوب لفك بالقيمة في دون مع القدرة على البذل، وإنما لاشكال مع عدم القبول إلا بزيادة على القيمة.

ومشؤه: من أن بذل ما زد على القيمة ضرر، فيكون منفيًا، ومن أن التخليص واجب، ولا يتم إلا ببذل فيجب، وهو الأصح؛ لأنه أدخل هذا

فإن أعتق فلا ضمان، إلا في المذفع التي استوفاه المشتري لا غيرها، إذ منافع الحر لا تضمن بالقوات، وقبه يضمنها لما يتبع به بعد العتق كالجنابة.

الضرر على نفسه برهن الحر، نعم لو انحرف بحاله... (١).  
 قوله: (فإن أعتق فلا ضمان، إلا في المنافع التي استوفاه المشتري لا غيرها، إذ منافع الحر لا تضمن بالقوات).  
 إذا اعتق هذا العبد المقر بحريته بسبب من الأسباب، فإن وجوب التحليل حينئذ يسقط عنه لخصومه بالعتق، ولا يجب على المقر ضمان شيء لأحله، سوى المنافع التي استوفاه المشتري بنوعها، ويكون لراهن سبباً في تسلط المشتري على سبيعتها، سواء استوفاه بنفسه، أو بوكيله، أو بالاحارة، أو بالعارية، وبحوذ ذلك، والياشراً صحته بالغرور.  
 أما المذفع التي قامت قاه لا يجب ضمانها؛ لأن منافع الحر لا تضمن بالقوات، إذ لا يدخل الحر تحت اليد؛ لأن الذي يدخل تحت اليد هو المملوك. ويظهر من العبارة أنه لو ستوفي المذفع غير المشتري، فإن غضب العبد عاصب، وانتفع به، أنه لا يجب ضمانها على المقر. وهو محتمل؛ لأن ذلك ليس ناشئاً عنه، إذ ليس بسبب تعديه برهن الحر، وإنما ذلك بعدوان العاصب. ويحتمل لضمان؛ لأن الظاهر غضبه برعته أنه مملوك، وذلك الاعتقاد بسبب المقر.

قوله: (وقبله يضمنها؛ لما يتبع به بعد العتق كالجنابة).  
 أي: قبل العتق، أما عدم ضمان المذفع بعد عتق العبد، وزوال السلطنة اظاهرة عنه فواضح. وأما ضمانها قبل العتق في حال العبودية، وثبوت السلطنة ظاهراً فقد يتوهم امتناعه؛ وذلك لأن المذفع له حرة مافعه ملك للمشتري ظاهراً، فيستحق اشتراعه، فلا بد من ضمانه، فإذا دفع إليه انتزعه المشتري،

وهكذا الى ما لا نهاية له، فيلزم التسلسل.

وهذا إنما يتم على تقدير أمرين:

أحدهما: أن كلما ضمن العبد لآدم من دفعه اليه على وجه يعلم به المشتري، وليس ذلك بلازم؛ لإمكان ضمانه على وجه يرضى ببقائه في يده، أو يد شخص آخر بوكالة، أو يسلمه به، بحيث لا يعلم المشتري، ويستتره العبد عنه.

الثاني: أن كلما وصل الى المشتري من العبد يجب على المقر ضمانه، ومقتضى كلام المصنف لا ينبغي له لو سلم العبد: أنه لا يضمن المقر الا حرة المانع، دون ما دفعه بالكيفية لعدم الضمان، وحاشد فاذا أحده لمشتري لا يجب ضمانه دفعة أخرى.

ولا يقال: إن بين هدا، وبين ما راد على أحرة منافع من مال الكفالة فرقاً؛ لأن العبد انتم به، ودفعه باختياره.

وأما هنا فإن المأخوذ منه قهراً، فلا يلزم من إسقاط الضمان هناك سقوطه هنا، لأن بقول: إن استزاه بمال الكفالة ليس باختياره قطعاً، وإنما هو لخلاص رقبته من سطوة برق بغير حق، الماشي عن تغيير لمقر ورهه، فلا فرق.

إذا عرفت هدا، فتوهم امتناع هدا الضمان قيد المصنف الضمان بكونه لما يتبع به بعد لعق، كالجذية التي يقر بها العبد، وبكرها المشتري، ولا يمكن اثباتها، وكذا لو أقرها المشتري، أو ثبتت وصرف ذلك فيها باذن العبد، إذا كانت توجب المال، أو وقع التراضي على المال.

وكذا لو قرب مال، أو نصف مالاً، أو تروح امرأة بغير اذن المشتري، وهي جاهلة بحاله، قال مضمون لعبد حيث من المقر يرصد لهذه بيد الحاكم، ولا يعين، بل إن أمكن أن يرصد في يد شخص باذن العبد جاز، بل هو متعين، ومقدم على تسليم إلى الحاكم، وكذا صرفه في المقر له باذن العبد حالاً.

وإن كوتب بالقيمة، أو بالأدون، أو بالأزيد مع عدم التخلص إلا به  
ووجب على المقر تخليصه به،

فإن قلت: كيف يجوز للمحاكم، أو الوكيل، أو المقر له أخذ هذا المال،  
الذي هو مال مملوك طاهراً، فهو منك لمشتري في الحقيقة غير اذنه؟ إذا قال  
المقر له: هذا مالي، ضمنته لهذا العبد الذي عنته قبل الرهن بمقتضى الغرم، لم  
يكن لمشتري لطالعة به، ولا سحاكم، والوكيل الاعتراض؛ لأنه إن كان  
صادقاً في قوله فلا بحث، وإن كان كاذباً فهو ماله يدفعه إلى من شاء، وقول  
لشارح. إن أحرة المافع نعت عند المحاكم<sup>(١)</sup>، إن أراد به تعيين ذلك فقد عرفت  
مافيه، وإن لم يكن ذلك مراده فلا وجه فنصر المحكم عليه، بل إذا أمكن دفعه  
إلى وكيل العبد تعين كما قناه.

بل قول المصنف: (تصحبها لما تنبع به بعد العتق كالحماية) ليس بجيد؛  
لأن مقتضاه الحصر في ذلك. وليس بجيد؛ لأن هذا مال للعبد، وتعدر بصله  
إليه على ما قرره إن لم لا يقتضي حصره في المصرف المذكور؛ لأنه لو صرف في  
مأكله وملبسه مع الحاجة حاز، ولو صرف في نفقة قريبه الحر إذا كان واحب  
لنفقة جز، إلى غير ذلك، فلا وجه لما ذكره.

قوله: (وإن كوتب بالقيمة، أو بأدون، أو بالأزيد مع عدم  
التخليص إلا به، ووجب على المقر تخليصه).

هذا أيضاً من أحوال العبد، وتقريره: أنه إذا لم يمكن فكه، ولم يعتق،  
بل كوتب، سواء كانت بالقيمة، أو بالأدون، أو بالأزيد؛ لأن ذلك كله بحسب  
الواقع بمقتضى لاقرار بغير حق ووجب على مقر تخليصه بهذا ما لا كتمان، إن لم  
يمكن التخليص إلا به.

فقوله: (مع عدم التخليص إلا به) قيد لصوبه: (وجب على المقر تخليصه)  
فهو في معنى الشرط.

فإن سعى العبد ضمن الأجرة خاصة على الأقوى بخلاف الميراث.

فكأنه قال: وحب تحليصه، وذلك لأنه لم يمكن التخصيص إلا به،  
والظرف متعلق بقوله: (وجب)، والضمير يعود إلى محذوف يدل عليه السياق،  
تقديره: وحب تحليصه بذلك المذكور من القيمة، والأدو، ولأزيد الذي هو  
مال الكتابة.

وعسم أن في قوله: (أو لأزيد...) رجوعاً عن الاشكال السابق، في  
وحب التحليص بالأزيد من القيمة:

قوله: (فإن سعى العبد ضمن الأجرة خاصة على الأقوى، بخلاف  
الميراث).

أي: فإن لم يحلصه، وسعى العبد في أداء مال الكتابة ولواحق على المير  
حيث ضمان أجرة منافسه فقط، دون ما زاد عليها، مما بدله في مال الكتابة؛ لأنه  
دفعه بغير ادنه في ملك رقبة لم تدخل تحت ضمانه، فإن رقبة الحر لا تضمن.

ويستفاد بأن الضمان غير محصور فيه في الإذن بالدفع، فإن التسبب  
في الاتلاف موجب للضمان، حيث يكون المباشراً ضعيفاً، وههنا كذلك، فإن  
العبد لما كان حراً يزعم المقر، وكذا تحت سلطة الرق بغير حق ناشئاً عن المقر  
كان كلما ينشأ عن الرقبة من الاتلافات مستنداً إليه، والمباشرة ضعيف بالمرور،  
فيكون الضمان عليه.

ولا ريب أن الخلاص من رقب أمر مطلوب للعقلاء؛ لما فيه من الخلاص  
من الذل العظيم ولحقوق كثيرة، خصوصاً إذا كان الرقب في نفس الأمر منتفياً،  
فالأصح ضمان أكثر الأمرين.

ويحتمل ضعيفاً ضمان أقل الأمرين؛ لأنه إن كان المدفوع أقل فهو  
الثالث، وإن كانت الأجرة أقل فهي المضمونة على ما سبق أولاً، وضعفه معلوم  
بما سبق.

وقوله: (بخلاف ميراث) أرد به على ما فسره به بعضهم: أنه لو مات،  
فأدى مال الكتابة من ميراثه وحب ضمانه للميراث، وإن كان أزيد من أجرة

وإن اعتق من الزكاة فلا ضمان فيه، وكذا لو أبرأ السيد.  
ولو عجز عن أداء الجميع وجب دفع ما يتمكن منه،

المسافع؛ لأنه مدفوع بأمر الشارع، لا باختيار المكتب، وأمر الشارع نشأ عن تسبب المقر، فيكون عليه ضمان الجميع.

وحمله الشارح ولد المصنف على أن مرد به: ما يدفع من تركه مورث هذا العبد، إذا مات مورثه ولم يحلف وارثا غيره<sup>(١)</sup>، فإن قيمته تدفع إلى المشتري، ويسلم باقي الإرث إليه. على ما سيأتي بيانه في الميراث إن شاء الله تعالى. فإن هذا المدفوع يجب ضمانه على المقر؛ لكونه ناشئاً عن رهنه إياه المفصلي إلى بيعه، ولدافع هو الحاكم دون العبد، وإنما كان هذا مخافاً لحكم مال الكتابة، حيث لا يصمن المقر ثم إلا أحرة المسافع. وهذا مضمون عليه، مع كونه ليس من الأحرار.

و يرق ما قدمناه، من أن دفع هذا بأمر الشارع الناشئ عن رهن المقر، والمدفوع هناك باختيار العبد، وعلى ما اخترده بهذا ماقط.

قوله: (وإن اعتق من الزكاة فلا ضمان فيه).

أي: دفع مال الكتابة من الزكاة، واعتق من أول الأمر بدون الكتابة فلا ضمان في هذا ما لم تكن هناك مافع مستوفاة، أو لا تفويت هنا، ولم يدخل الأخوذ في ملك العبد.

ويحتمل ضمانه للاصناف؛ لأن صرعه في غير وجهه مستند إلى تسببه، وفيه قوة.

قوله: (وكذا لو أبرأ السيد).

أي: لا ضمان هنا أيضاً، مع عدم استيفاء شيء من المنافع، أو لا ضمان في هذا المال الذي أبرأ السيد، إذ لا مان عقضي الإقرار، ولا إبراء.  
قوله: (ولو عجز عن أداء الجميع وجب دفع ما يتمكن منه).

ولو كانت مشروطة فمدفع القيمة لعجزه عن تمام مال الكتابة ثم استرق  
رجع المقر بما دفعه في التخليص.

ولو جنى على عبد المقر، أو نفسه، أو مورثه وكان عبداً، أو مكاتباً  
أنخلص منه بقدرها.

أي: سوعجز المقر عن أداء جميع ما في الكتابة وجب عليه أن يدفع ما  
يتمكن من دفعه، إذ لا يسقط الميسر بالمعسور؛ ولأن فيه تخفيفاً للأمر على العبد،  
وتقليلاً لدينه.

قوله: (ولو كانت مشروطة) فمدفع القيمة لعجزه عن تمام مال  
الكتابة، ثم استرق رجح المقر بما دفعه في التخليص).

الصميري (مدفع) يعود إلى المقر، وكذا في قوله: (لمحره)، ولا يعني أن  
صمير (استرق) يعود إلى المكاتب، والمعنى أنه لو دفع القيمة لعجزه عما سواها من  
ما في مال الكتابة، ولا وجه لتعيين القيمة في العرض، إذ أحكم تب في كل ما  
دفع من قبيل وكثير، ثم سرق لعبد، فإن المال المدفوع لم يتبرع المقر به، ولا  
قصي به ديناً على العبد؛ لأن قراره يقتضي فساد الكتابة وبرهنة فتمته، وبما  
حاول به تخصيص رقعة لحر، وفتداه من الرقعة الشائنة ظاهراً، فحيث لم يخص  
رجح إلى ما دفعه. ويحتمل العدم؛ لأن المشتري منك بالدفع إليه، على أنه من  
مال الكتابة، فلا يشت الرجوع به، فإن لأحد من الركاة لا يستعاد لو دفع إلى  
المكاتب المشروط، فدفعه إلى مولاه، أو دفع إلى مولى، فهذا أولى.

والحق أن يقال: إن له الرجوع بما بيته وبين الله إن كان إقراره  
صحيحاً. وأما ظهراً فإن دفع إلى المشتري ذلك، وأخبره بالصورة حين الدفع فله  
الرجوع عليه، وكذا لو أقر بأن المدفع ما كان إلا لهذه الجهة، وإلا فلا.

قوله: (ولو جنى على عبد المقر، أو نفسه، أو مورثه وكان عبداً، أو  
مكاتباً أنخلص منه بقدرها).

من أحوال العبد المذكور: أنه لو جنى على عبد المقر، أو نفسه، أو مورثه

ولو أوصى لشخص بخدمته دائماً، ولآخر برقبته فأعتق ضمن له  
أجرة المثل لكل خدمة مستوفاة.

وكان عبداً، أو مكاتباً فإنه يخلص منه - من مسطرة المشتري الثابتة عليه ظاهراً -  
مقدار ما أوجبه الجناية، فيسقط حينئذ عن المقر وجوب تخليص ذلك القدر،  
ويسعى في تخليص ما بقي إن بقي منه بعد الجناية بقية.  
وهذا لا يستقيم على إطلاقه، بل إن يكون ذلك في الجناية عمداً إن لم  
يقتصر ورضي بالاسترقاق، أو خطأ وسلمه المشتري فم يفته، فإنه حينئذ يتسلط  
على تملكه مقتضى الجناية، فتقطع سلطنة المشتري عنه، فيسقط وجوب تخليصه  
لحصوله بذلك، لكن لا يسقط ما وجب عليه من مال له أو قصاص.

فلو ثبت له عليه أجرة مبالغ يتقاضاها حيث تختص شروط التقص، ولو  
فداه المشتري في الخطأ سقطت المطالبة بالحدية، ولا يجوز له أخذ عوض الجناية،  
إلا أن يجبره بالحال، ويدفع إليه تبرعاً، متى لم يخص بالجناية، فوجوب  
التخليص بحاله.

ولا يخفى أن جنابته على مورث المقر إما تسقط وجوب التخييص، إذا  
مات وورثه المقر قبل الاستيفاء، والتقييد بكوبه عبداً أو مكاتب، لأن وجوب  
التخليص في هاتين الحالتين، إذ لو كان حراً لم يعقل وجوب تخليصه، والضمير في  
قوله: (بقدرها) يعود إلى الجناية المذكورة في قوله: (جى) ضمناً.

قوله: (ولو أوصى لشخص بخدمته دائماً، ولآخر برقبته، فأعتق  
ضمن له أجرة المثل لكل خدمة مستوفاة).

من أحسن العبد المذكور: أنه لو لم يملكه المقر، وأوصى المشتري بخدمته  
دائماً، ولآخر برقبته، فأعتق الرقبة الموصى له بها، فإن المقر يضمن له أجرة المثل  
لكل خدمة مستوفاة، وعلى ما اختاره من صدق أكثر الأمرين يضمن له كل ما  
استوفى منه، بما له قيمة من خدمة، وغيرها.



ولو مات عبداً ضمن لوارثه الحر أجره منافع المستوفاة، وما وصل الى مولاه من كسبه، ولو اعتقه فأخذ كسبه بالولاء ضمنه للامام.  
ولو انتقل الى مورث المقر فأعتقه في كفارة، أو نذر غير معين وحاز المقر التركة، أو بعضها أخرج الكفارة أو النذر.  
ولا يراحم الديون والوصايا مع التكذيب.

قوله: (ولو مات عبداً ضمن لوارثه الحر أجره منافع المستوفاة، وما وصل الى مولاه من كسبه)

أي: لو مات العبد، وقد أوصى به على ما سبق قبل أن يعتق - ويمكن أن يكون هذا فرعاً برأيه مقطوعاً - نصحته على كل من التقديرين - ضمن لوارثه الحر الذي لا مانع له من الإرث، ولو سكت عن قوله: (الحر) لم يضر؛ لأن العبد لا يعد وارثاً.

والتقييد بـ (الحر) لا يكفي في كونه وارثاً أحرة منافع المستوفاة على ما سبق، وما وصل الى مولاه من كسبه، وهذا الحكم لا يجري إلا على القول بضمان أكثر الأمرين.

قوله: (ولو اعتقه فأخذ كسبه بالولاء ضمنه للامام).

من أحوال هذا العبد: أن المشتري، أو الموصى له برقبته لو اعتقه تبرعاً، بحيث ثبت له عليه الولاء ظاهراً، فأخذ كسبه بالولاء إرثاً ضمنه المقر للامام، إذا كان المقر قد اعتقه سائبة، إذ لو اعتقه تبرعاً كان الولاء له، ولا يفرم لنفسه، فلا يتصور ضمان إلا في السائبة، وإطلاقه ضمان الكسب للامام يخرج على ضمان أكثر الأمرين، وإلا ضمن أجره المدفع خاصة.

قوله: (ولو انتقل الى مورث المقر، فأعتقه في كفارة، أو نذر غير معين، وحاز المقر التركة أخرج الكفارة أو النذر، ولا يراحم الديون والوصايا مع التكذيب).

من أحوال هذا العبد: أنه لو انتقل الى مورث المقر، فأعتقه في كفارة، أو

ولو استولده المشتري لم يحسب على الولد نصيب المقر لو كان وارثاً،

نذر عتق غير معين - وحترره عما لو كان نذر العتق معيناً بأن نذر عتقه بخصومه - فإنه كما أن العتق باطل فكذا اسدرك لتعقبه بهيه، وهو مفروض الحرية.

أما اذ كان لنذر غير متعلق بهيه أنه يلزم، ولا يجزئ اعتاقه؛ لكونه حراً نزع المقر الذي هو الوارث، أو أحد الورث. فإذا مات مورث المقر، وحاز الشركة، أو بعضها أخرج الكفارة، أو لنذرهما في يده؛ لقائهما في ذمة مورثه. ولو أن مورثه قضى بالعبد المذكور بعض الحقوق لواجبة عليه، كأن أعتقه من زكاته الواجبة عليه وحب عليه أخرج تلك الزكاة أيضاً.

وقوله: (ولا يراحم الديون والوصايا مع التكذيب) معناه: أنه لو كان على المورث ديون، أو أوصى الجماعة بوصايا لم تراحم هذه الكفارة ونذر العتق تلك الديون والوصايا، مع تكذيب أرباب الديون والوصى لهم، لو ضاقت الشركة لنفود العتق ظاهراً، فلا يقبل اقرار المقر عليهم، ونصرف جميع الشركة في الديون، وتبقى الكفارة والنذر في ذمة الميت.

ولو أمكن أن يقتطع من الشركة ما يقتضيه التقسيط للكفارة والنذر، بحيث لا يعلم أرباب الديون فليس بعيد وجوبه.

أما الوصايا، فإن تصوير المسألة فيها بحيث تستوعب الشركة، ولا تراحمها الكفارة والنذر ونحوهما، ولا ينفذ اقرار المقر على أربابها مشكل، فإنها من الثلث، فلا بد أن تبقى بعدها بقية، فيصرف في النذر وكفارة.

نعم قد يتصور قصور لباقي، فلا يراحم في الثلث. ولا يقال: إنه قد يتصور اجارة الورثة الوصايا، فتستوعب الشركة؛ لعدم جواز هذه الاحازة منه، إلا أنه قد يتصور وقوعها منه، فيؤاخذ بها ظاهراً.

قوله: (ولو استولدها المشتري لم يحسب على الولد نصيب المقر لو كان وارثاً).

ولا يحسب من مال المشتري بالنسبة إلى المقر، فلا يخرج ما أوصى له المشتري به منه، إلا في أخذه في دينه لو دفع إليه فيعتق عليه.

أي: لو كان المملوك الذي أقر الراهن بسبق عتقه أمة، وانتقلت إلى المشتري، فاستولدها، ومات، وكان المقر وارثاً له، فإن نصيبه من المستولدة على تقدير الرق لا يحسب على الولد من نصيبه من التركة؛ لاعترافه بكونها حرة.

قوله: (ولا يحسب من مال المشتري بالنسبة إلى المقر، فلا يخرج ما أوصى له به منه، إلا في أخذه في دينه لو دفع إليه، فيعتق عليه).

من أحوال هذا العبد: أنه لو كان مشتريه قد مات، وأوصى للمقر المذكور بشيء من أمواله، ولم يجرِ الوارث، فاحتج إلى معرفة قدر الثلث، لتخرج منه الوصية لا يحسب ذلك العبد من التركة؛ لأنه حر باقرار الموصي له، فلا يستحق باعتباره شيئاً من الوصية، إذ التركة تقتضي إقراره ما عدا العبد، فيكون له بحساب الثلث ما سواه.

ولو كان ما أوصى له به المشتري ديناً عليه، فدفعت إليه عن دينه وجب القبول، فيعتق عليه حينئذ بمقتضى إقراره.

فإن قلت: إنما يجب قبول المدفوع عن الدين إذا سواه جنساً وقدرًا، فكيف يجب قبول العبد؟

قلت: يمكن فرض المساواة، كما لو كان الدين عبداً ثبت بالسلف، وطابق الواجب ما في الذمة، ويجب أيضاً قبوله لو انحصر طريق تخليصه من الرق في قبوله عن الدين، لا إن أمكن تخليصه بوجه آخر، فإطلاق بعض الشارحين وجوب القبول لا يخلو من شيء.

إذا عرفت ذلك، فقوله: (فلا يخرج ما أوصى له به منه) المتبادر منه: أن ما أوصى به المشتري للمقر لا يخرج من العبد، فإن الضمير الأول للمقر، والثاني للوصية وهي: (...م)، والثالث للعبد.

ولا محمل له؛ لأنه لو أوصى له بعبد يختاره الوارث، فدفعت إليه هذا العبد لم يكن له الامتناع بعد قبول الوصية، خصوصاً إذا توقف تخليصه على القبول، فانه

ولو اعترفوا بقبض العدل الرهن لم يضر إنكاره في لزوم إن شرطناه.

ولو عترف أحدهما خاصة بالقول قول المكر، ولا تقبل شهادة العدل عليه.

ولو قال المالك: بعثك أسعة دُلف، فقال: بل رهنتها عندي

يجب قطعاً، وبحسب من مان المشتري على هذا التقدير، فلا تحسب العبارة من شيء، لا أن ينزل من على معنى السبية، وفيه ما لا يخفى.

وليس الاستثناء مقطوعاً؛ لأنه مما دُلف عليه قوله: (ولا يحسب من مال المشتري ناسبة إلى المقر)، فكأنه قد لا يحسب منه في حال، إلا في أحده من دينه، على تقدير دفعه. وعبرة الكتاب جارية من الدلالة على وجوب القبول؛ لأن كونه في حال الأخذ عن الدين عموداً مائلاً لا يستلزم وجوب الأخذ.

قوله: (ولو اعترفوا بقبض العدل برهن لم يضر إنكاره في اللزوم إن شرطناه).

أي: لو اعترف كل من الراهن والمرتهن بقبض العدل عن المرتهن بادن الراهن، وانكر هو لم يضر إنكاره في صحة الرهن ولزومه؛ لأن تصديقه لا أثر له في ذلك، إذ المعتبر إقرارهما، وهذا على تقدير شرائط لقبض في لزوم الرهن.

قوله: (ولو اعترف أحدهما خاصة بالقول قول المنكر).

فإن كان هو الراهن فلا بد من التمسك لدعوى المرتهن، وإن كان المرتهن اتقى بغيره، لأن الحق له.

قوله: (ولا تقبل شهادة العدل عليه).

أي: على المكر، لأن العرص كونه وكبلاً في القبض الذي به لزوم الرهن، ولا تقبل شهادة الوكيل فيما هو وكيل به.

قوله: (ولو قال المالك: بعثك أسعة دُلف، فقال: بل رهنتها

بها فالقول قول كل منها في العقد الذي ينكره بعد اليمين ، ويأخذ المالك سلعته.

### المقصد الثالث : في الحجر:

وهو المنع عن التصرف ، وأسبابه ستة: الصغر، والجنون، والرق، والمرص، والسفه، والفلس. فهذه فصول:

الأول : في لصغر: ويحجر عليه في جميع التصرفات، ويعتد باخباره عن الاذن في فتح الباب، ولملك عند إيصال الهدية، وإنما يزول الحجر عنه بأمرين: السوء، والرشد. أما البلوغ فيحصل بأمور:  
أ: إنبات شعر الخشن على العانة، سواء كان مسلماً أو كافراً،  
ذكرأ أو أنثى.

عندي ها، فالقول قول كل منها في العقد الذي ينكره [بعد اليمين] (١) ،  
ويأخذ المالك سلعته).

الحاصل أن كل واحد منها مدعى بشيء ينكره الآخر، فيتحالفا،  
ويدفع كل من العقدين لمدعى بها، فيأخذ المالك سلعته.

قوله : (المقصد الثالث: في الحجر: وهو المنع عن التصرف،  
أسبابه ستة: الصغر، والجنون، والرق، والمرص، والسفه، والفلس،  
فهذه فصول: الأول: الصغر: ويحجر عليه في جميع التصرفات، ويعتد  
باخباره عن الاذن في فتح الباب، ولملك عند إيصال الهدية، وإنما يزول  
الحجر عنه بأمرين: البلوغ والرشد، أما البلوغ فيحصل بأمور: أ: إنبات  
الشعر الخشن على العانة، سواء كان مسلماً أو كافراً، ذكرأ أو أنثى).

رد بذلك على الشافعي في أحد قوليه (٢)، حيث لم يحكم بالبلوغ به في  
حق المسلمين.

(١) لم ترد في «م» و«ق»، ولتبناها من حطية التواتر لاختصاص الشرح لها

(٢) التوجيه ١: ١٧٦، السراج الوهاج: ٣٢٩-٣٣٠.

والأقرب به أمانة ولا اعتبار بالزغب ، ولا الشعر الضعيف ،  
ولا شعر الأبط .

ب: خروج المنى الذي يكون منه لولد من الموضع المعتاد ، سواء  
الذكر والأنثى .

قوله : ( والأقرب أنه أمانة ) .

وجه العرب : أن الحجر مستمر في حق الصبي إلى أن يحتلم ، كما دل  
عنه الحديث<sup>(١)</sup> ، فلو كان الانسبات بلوغاً بنفسه لم يكن الحجر مستمراً إلى  
الاحتلام ، فتعين أن يكون أمانة . ويحتمل كونه بوعاً كثر تب أحكام البوغ عليه ،  
وضممه ظاهر .

قوله : ( ولا اعتبار بالزغب ) .

في الحمهرة : الزغب هو الريش الذي ينبت على الفرج قبل ريشه ،  
والشعر الضعيف الذي ينبت قبل الشعر الخشن .

قوله : ( خروج المنى الذي يكون منه الولد ) .

لمراد : الذي من شأنه أن يتولد منه ولد غالباً وإن تحسف في بعض  
الأحوال معارص ، ولمراد به : الماء الدافق الذي تدره الشهوة .

قوله : ( من الموضع المعتاد ) .

هو جرح من جرح أو نحوه - ومنه أحد فرحي المشكل - لم يكن بلوغاً ،  
لوجوب حمل إطلاق الشارع على المعهود .

قوله : ( سواء الذكر والأنثى ) .

حلالاً شافعي ، حيث أنكر في أحد قريه كونه بوعاً في حق لساء<sup>(٢)</sup> .

(١) الكافي ٧ : ١٩٧ حديث ١ .

(٢) الأم ٣ : ٢١٥ ، شرح الكبير (مع المعني لابن قدامة) ٤ : ٥٥٨ .

ج: السن، وهو بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر هلالية، وتسع في الأنثى. وفي رواية إذا بلغ الصبي عشراً بصيراً جازت وصيته وصدقته وأقيمت عليه الحدود التامة، وفي أخرى خمسة أشبار.

د: الحيض والحمل دليلان على سبقه، ولا يعرف الحمل إلا

قوله: (السن).

وهو: دليل البلوغ عندنا، وبه قال جماهير العامة، حكاه في التذكرة<sup>(١)</sup>.

قوله: (وهو: بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر هلالية وتسمع في الأنثى).

لا بد من استكمال السنة الأخيرة، فلا يكفي الطعن فيها، عملاً بالاستصحاب وفتوى الأصحاب، ولأنه لا يقال له: ابن خمس عشرة سنة إلا بالاستكمال.

قوله: (وفي رواية: إذا بلغ الصبي عشراً جازت وصيته وصدقته وأقيمت عليه الحدود التامة، وفي أخرى: خمسة أشبار).

الأولى: إشارة إلى صحيحة عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن الصادق عليه السلام<sup>(٢)</sup>، ورواية زرارة عن الباقر عليه السلام<sup>(٣)</sup>، وفي معنهما غيرهما<sup>(٤)</sup>.

والثانية: إشارة إلى رواية السكوني عن الصادق عليه السلام، عن أمير المؤمنين عليه السلام<sup>(٥)</sup>.

والمراد من قوله: (أقيمت عليه الحدود التامة) أنه بعد بلوغ العشر يستوفي منه الحد بكماله، وبدونه إنما يصر للتأديب، وذلك بعض الحد.

(١) التذكرة ٢: ٧٤.

(٢) الكافي ٧: ٢٨ حديث ٣، العقيه ٤: ١٤٥ حديث ٥٠١.

(٣) العقيه ٤: ١٤٥، ١٦٤ حديث ٥٠٢، ٥٧٣.

(٤) العقيه ٤: ١٤٥ حديث ٥٠٣.

(٥) الكافي ٧: ٣٠٢ حديث ١، التهذيب ١٠: ٢٣٣ حديث ٩٢٢، الاستبصار ٤: ٢٨٧ حديث ١٠٨٥.

بالوضع، فيحكم حينئذ بالبلوغ قبل الوضع ستة أشهر وشيء. والخشى  
المشكل إن أمنى من الفرجين، أو حاض من فرج النساء وأمنى من الآخر  
حكم ببلوغه، وإلا فلا.

وأما الرشد: فهو كيفية نفسانية تمنع من إفساد المال، وصرفه في  
غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء.

ولا تعتبر العدالة، ويعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات، فإذا

قوله: (والخشى المشكل إن أمنى من الفرجين، أو حاض من فرج  
النساء وأمنى من الآخر حكم ببلوغه، وإلا فلا) <sup>(١)</sup>  
لو أمنى من فرج الرجال بعد تسع حيث يكون احتلام الذكر ممكناً،  
وجب أن يحكم بالبلوغ، لأنه إن كان امرأة فقد استكمل تسع، وإن كان رجلاً  
فقد أمنى، فيرد على قوله: (وإلا فلا).

قوله: (وأما الرشد، فهو: كيفية نفسانية تمنع من إفساد المال  
وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء).

لأنه في الكيفية من أن تكون ملكة ثابتة يعسر زولها، ولا بد في الإفساد  
من اعتباره في نظر العقلاء، فالافراط في المعروف لا ينال الرشد وإن تجاوز القدر  
الممدوح، وربما عد إفساداً، ولعل قوله: (وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال  
العقلاء) كالتفسير لإفساد المال.

قوله: (ولا تعتبر العدالة).

خلافاً لشيخ<sup>(١)</sup> رحمه الله، تعويلاً على دلائل ضعيفة، مثل ظاهر قوله  
تعالى: (فإن آتستم منهم رشداً)<sup>(٢)</sup> فإن المسق غي لا رشد.

قوله: (ويعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات).

أي: ويعلم الرشد باختبار الصغير، ذكر أو أنثى، بدليل ما سيأتي



عرف منه جودة المعاملة وعدم المغبنة إن كان تاحراً، والمحافظة على ما يتكسب به، والملازمة إن كان صانعاً وأشبه ذلك في الذكر، والاستغزال والاستئراج في لائشي إن كانت من أهله، وأشباهه، حكم

من قوله: (وأشبه ذلك في الذكر، والاستغزال والاستئراج في الأثني) إذ هو المحدث عنه بما يناسبه من تصرفات، ومن الغالب أن يكون للشخص اعتماد ما يناسبه ويلائم حاله دون ما عداه.

ولا تكفي المرة، بل لابد من تكرار مراراً تحصل به غلبة الظن، كما نص عليه في تذكرة<sup>(١)</sup>، إذ المكة لا يعرف حصولها بمرة.  
وعلم: أن الهدي صرح في المصنف في التذكرة<sup>(٢)</sup> والارشاد<sup>(٣)</sup> والتحرير<sup>(٤)</sup>: أن محل الاختبار قبل البلوغ، لقوله تعالى: (وابتلوا النكاح) <sup>(٥)</sup> والبالغ لا بعد يتباءر وقوله تعالى: (حي إذا بلغوا النكاح) <sup>(٦)</sup> معه - والله اعلم: مدة الانتلاء تمتد إلى بلوغ النكاح، ولأنه لو كان الاختبار بعد البلوغ لم يؤمن معه الحرج على البالغ الرشيد، وهو طلم عزم، فيحب التحفظ عنه، ولا يكون إلا بالاختبار قبل البلوغ، وعبارة الكتاب بدوح مها ذلك، لأن التفسير في قوله: (باختباره) يعود إلى الصغير، كما يقتضيه السياق، فيكون ماها مطابقاً للباقي، وهو الذي يتعين القول به.

قوله: (وأشبه ذلك في الذكر).

فدو كان من أولاد الدهاقين والورراء والأكابر الذين يهانون عن الأسواق، فإن اختباره بأن تسلّم إليه نفقة مدة كشهر، لينفقها في مصالحه، فإن وحقماً بذلك يصرفها في مواضعها، ويستوفي الحساب على وكيله ويستقصي

(١) التذكرة ٢: ٧٨

(٢) المصدر السابق.

(٣) الارشاد: ١٣٦ (مطلوب).

(٤) التحرير ١: ٢١٨.

(٥) النساء ٦.

(٦) النساء: ٦

بالرشد، وفي صحة العقد حينئذ اشكال.

عليه، فهو رشيد.

قوله: (وفي صحة العقد حينئذ إشكال).

أي: الواقع حين الاختيار ولأمره بقائه [و] حمل كل من الشارحين عبارة المصنف على كون العقد الواقع للاختيار بعد بلوغه<sup>(١)</sup>، واستثنى منه ولد المصنف إذا علم رشده حال العقد، فإنها صحيحة قطعاً، ونخص لإشكالها إذا ظهر عدم رشده، أو لم يظهر شيء منها<sup>(٢)</sup>. ويظهر من عبارة لشارح الآخر عموم الإشكال للمسائل لثلاث<sup>(٣)</sup>، وهذا غريب عجيب، فإن العلم بكون العاقد رشيداً ليس شرطاً لصحة العقد قطعاً، إن الشرط كونه رشيداً في الواقع.

ثم إن عقد بيعه صحيح إذا أحاره الولي وكان بالغاً - كما سيأتي عن قرب إن شاء الله تعالى - فأى وجه للإشكال فيها إذا أدرك له الولي ابتداءً؟

ولدي يقتضيه صحيح النظر وسوق المدة: أن الإشكال في العقد موقع للاحتسار قبل النسخ، وهو المطابق لما في الشرائع، حيث قال: يحتر الصبي قبل بلوغه، وهل يصح بيعه؟ الأشبه أنه لا يصح<sup>(٤)</sup> وفي التحرير: وقت لاختيار قبل البلوغ مع تمثيل، ومع إذن الولي يصح نصرته وبيعته<sup>(٥)</sup>.

وعلى هذا فبشأ الإشكال: من أن الأمر بالابتلاء يقتضي كون الفعل الصادر من الصبي معتبراً، خصوصاً على القول بأن أفعال الصبي شرعية (ومن أن الصغر مانع من الصحة، وأفعال الصبي وقوله غير شرعية)<sup>(٦)</sup> كما هو مبين

(١) لم يرد في خطيتي، وأثبتته لضرورة السياق.

(٢) إصباح الفوائد ٢: ٥٢، ونقل السيد العاملي قول الشارح الثاني - وهو السيد حميد الدين - في معناه الكلمة ٥٠٠ ٢٥٠.

(٣) إصباح الفوائد ٢: ٥٢.

(٤) حكاه سيد العاملي في معناه لكرامة ٥. ٢٥١.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٠٣.

(٦) التحرير ١١: ٢١٨.

(٧) ما بين قوسين لم يرد في «ق».

ولا يزول الحجر بفقد أحد الوصفين وإن طعن في السن، ويثبت  
الرشد في الرجال بشهادتهم، وفي النساء بها وبشهادتين. وصرف المال  
إلى وجوه الخيرات ليس تنذير، وصرفه إلى الأغذية النفيسة التي لا تليق

في موضعه، والأمر بالانتلاء لا يستلزم أريد من كون ما به الانتلاء معتبراً في إفادة  
الرشد وعدمه، فلا يقتضي ترتب أثر آخر عليه، وليس هذا الاشكال بعيد مما  
سيأتي في كلام المصنف من التردد في صحة بيع المميز.

والأصح بطلان العقد، بواقع قل البلوغ، ولو اعتبرنا ما ذكره الشارحان  
في حل العبارة، فالبيع لو وقع بعد البلوغ صحيح على كل حال.

فائدة: يظهر رشد المحتر مجرباً التصرف على قانون تصرفات العقلاء،  
فبين وقوع ذلك التصرف في حال الرشد، لأن الرشد ملكة، وهي لا تحدث في  
الزمان القصير، للقطع بأنها إما تكون باثمة أو يعتاد من تكرار الفعل في الأوقات  
المتطاولة.

قوله: (ولا يزول الحجر بفقد أحد الوصفين).

أي: بفقد الصغر وعدم الرشد، إذ لا بد منها في رواد الحجر، ولا بد في  
حل الوصفين على الصغر وعدم الرشد من العاية، لأن عدم الرشد لم يجر له ذكر،  
ومعنى قوله: (وإن طعن في السن) ذهابه فيه على نحو قوطم: طعن في المقارنة، أي:  
ذهب فيها، والمراد: أنه لو صار شيخاً، وهذه حاله فحجره باق.

قوله: (وصرف المال إلى وجوه الخيرات ليس تنذير).

ظاهر إطلاقه أنه لا فرق بين الإفراط في ذلك وعدمه، ولا بين كون  
ذلك لا نقاً بحاله أولاً، وظاهر كلامه في التذكرة<sup>(١)</sup> أن الثاني تنذير، لقوله  
تعالى: (ولا تسطها كل البسط فتقعد ملوماً محسوراً)<sup>(٢)</sup>، ولا دلالة في النهي  
على كون ذلك تنذيراً، وربما فرق فارق بين كون هذا الفعل قبل زوال الحجر  
وبعد.

(١) للتذكرة ٢: ٧٦.

(٢) الاسراء: ٢٦.

بحاله تذيير. وولي لصبي أبوه، أو جده لأبيه وإن علا، ويشتركان في الولاية فإن فقدوا فالوصي، فإن فقد فالخكم. ولا ولاية للأُم، ولا لغيرها من الأخوة، والأعمام، وغيرهم عدا من ذكر.

وإنما يتصرف الولي بالغبطة، فلو اشترى لا معه لم يصح، ويكون الملك باقياً للبائع.

والوجه أن له استيفاء القصاص، والعفو على مال لا مطلقاً، ولا

قوله: (وولي لصبي أبوه وجده لأبيه وإن علا، ويشتركان في الولاية).

الظاهر أن لكلّ منها أن يتصرف بالاستعلاء، لثبوت الولاية، والأصل عدم اشتراط الانصاف، وهل يكون التحدّ الأهل مع وجود الأدنى ولاية؟ فيه نظر، قال في التذكرة: حكم الحد أولى لو عارضه لأب<sup>(١)</sup>.

قوله: (والوجه أن له استيفاء القصاص).

لأن له أهية التصرف، والعرض وجود غبطة، وقال الشيخ: ليس له، لأنه للتشفي وهو مستف<sup>(٢)</sup>. والأصح لأول، لأنه ربما ظهرت علامات موته، وليس بظاهر انتفاء تشفي في الجملة إذا بلغ نطق إدراك ذلك وعدم نطق الولي.

قوله: (والعفو على مال لا مطلقاً).

أي: ليس له العفو مطلقاً غير مفيد مال، لانتهاء العطة في ذلك، وقال في التذكرة، وإن عفا مطلقاً فالأقرب اعتبار المصلحة أيضاً، فإن كانت المصلحة في العفو، نأ اعتمادها، كما أن له الصبح بعض ماله مع المصلحة<sup>(٣)</sup>، وما قرّبه قوي متين.

(١) التذكرة ٢، ٨٠.

(٢) المبسوط ١٧، ٥٥، الخلاف ٣: ١٠٤ مسألة ٤٣ كتاب الجبايات.

(٣) تذكرة ٢، ٨٢.

يعتق عنه إلا مع الضرورة، كالحلاص من نفقة الكبير العاجز، ولا يطبق عنه بعوض ولا غيره، ولا يعفوع شفعة إلا لمصلحة، ولا يسقط مالا في ذمة الغير، وله أن يأكل بالمعروف مع فقره، وأن يستعفف مع الغنى. وابوجه انه لا يتحور أجره المثل، ويجب حفظ مال الطفل واستنماؤه قدرأ لا تأكله النفقة على شكال، فإن ترم الولي به فله أن يستأجر من يعمل.

قوله: (ولا يطلق عنه).

إجماع، اذ لا مصلحة في تركه.  
قوله: (ولا يسقط مالا في ذمة الغير).  
ألا مع المصلحة.

قوله: (وله أن يأكل مع فقره وأن يستعفف مع الغنى).

طهر العبارة أن الاستعفاف موكول إليه، والأصح أنه واجب، لطاهر الآية<sup>(١)</sup>.

قوله: (والوجه أنه لا يتحور أجره المثل).

لأنه أجرة عمل عبر متسع به، ويحتمل حوار الأكل وإن راد عن الأجرة، لطاهر الآية<sup>(٢)</sup>، وهو قول الشيخ<sup>(٣)</sup>. والأصح حوار أقل الأمرين من الأجرة وقدر الحاجة، لوجوب الاستعفاف مع الغنى لو كفى بأقل من الأجرة، وعدم حوار ما زاد على مقابيل العمل، لأن الاستحقاق إنما هو في مقابله.

قوله: (وامتتماؤه قدرأ لا تأكله النفقة على إشكال).

يشأ: من أن ذلك اكتساب مال الطفل ولا يحب، ومن أن ذهاب ماله في النفقة ضرر عظيم، ودودة نصيب الوصي دفع الضرر. وربما نسي المحكم على أن الوجب لأصلح، أم تكفي المصلحة، والأصح عدم الوجوب.  
قوله: (فإن ترم الولي به فله أن يستأجر من يعمل).

(١) (٢، ١) النساء: ٦.

(٢) قاله في البوط ٢: ٢٨٧، وانهاية: ٣٦١.

ويستحب له البيع إذا طلب متاعه بزيادة مع العبطة، وكذا  
يستحب شراء الرخيص،

في الصحيح: برم به إذا سئمه، ونزّه به مثله، وأسرّمه أي: أمّله  
وأضحّره<sup>(١)</sup>.

قوله: (ويستحب له البيع إذا طلب متاعه بزيادة مع العبطة،  
وكذا يستحب شراء الرخيص).

في بعض نسخ عوص (يستحب) يجب في النوصيين، وفي حوشي  
شيخنا الشهيد أنه متوجهان، لتردده في الاستثناء من الوجوب والاستحباب،  
فحاز كل من الأمرين هنا، لأن ذلك استثناء.

قلت: هذا لعدول المحذّر، لأن ما سبق تردد، وما هنا فتوى وحرم،  
فالمخالفة ثابتة.

نعم قد يقال: هو رجوع عن تردد في الحرم وإن قرب ما سبها. وقد  
يقال في الاعتدال بسعة الاستحباب مع اتّردد السابق: أن الاستثناء على تقدير  
وجوبه لا يستدعي أريد من مراعاة حصون زيادة لا تذهب مال الطفل معها  
بالنفقة، أما البيع في وقت مخصوص والشراء على وجه معين فلا.

وعلى تقدير الوجوب، إنّ اتّردد في الاستثناء الذي يحتج به توجيه  
وسعي لتحصيل الثناء، أما ما حصل به من تكلف وسعي فإنه واجب لا محالة.

وكيف كان فنسخة الاستحباب أوجه، إلا في شراء الرخيص على بعض  
الوجوه، فإنّ العدول عنه إلى شراء العسّي لا يجوز قطعاً، لكن هذا كالمستعسى  
عنه باشتراطه المصلحة في تصرفات الولي، وهي منتفية عن مثل هذا، فلعل  
المراد به (شراء) حيث لا يكون حتماً، أو لا يبره العدول إلى العسّي، أو تحمل  
العبارة على استحباب السعي في شراء الرخيص.

وإذا تبرع أحسبي بحفظ مال الطفل لم يكن للأب أخذ الأجرة على أشكال.

وله أن يرهن ماله عند ثقة الحاجة الطفل، و لمصاربة بماله، وللعامل ما شرط له.

وهل للموصي أن يتحرر بنفسه مضاربة؟ فيه أشكال، ينشأ: من أن له الدفع أي غيره فحاز لنفسه، ومن أن الربح مائة مال اليتيم فلا يستحق عليه إلا يعقد.

ولا يجوز أن يعقد الولي المضاربة مع نفسه.

قوله: (وإذا تبرع أحسبي بحفظ مال الطفل، لم يكن للأب أخذ الأجرة على أشكال).

ينشأ من وجود المتبرع، والعدول عنه إلى من يطلب الأجرة ضرر مضاف للعبطة والمصلحة، ومن إطلاق الآية بالأكل مع الحاجة، فتناول صورة التبرع، ولأن للأب مريد شفقة وحوليس للأحسبي، والعدول إلى ماله زيادة الشفقة وإن كان معه أجرة لا يعد ضرراً، وثبوت ولاية بالأصالة، وهو لأصح.

قوله: (وهل للموصي أن يتحرر بنفسه مضاربة؟ فيه أشكال، ينشأ: من أن له الدفع إلى غيره فحاز لنفسه، ومن أن الربح مائة مال اليتيم فلا يستحق عليه إلا يعقد، ولا يجوز أن يعقد الولي المضاربة مع نفسه).

توضيح لوجه الأول: أن حواز الدفع إلى غيره جائز مع المصلحة، وإن حاز لكونه موطئاً بنظره، ود كان بيده كان أدخل في الحفظ وأقرب إلى مقتضى الوصية، فيكون جوازها بطريق أولى.

ويرد عليه: أنه لا بد في الحوار من تدوين الأدل له، و لمقتادر من الأدل في عقد المضاربة الدفع إلى آخر.

ويجاب: بأن الوصية إليه ساد التصرف إلى رأيه، وهو يعم ذلك.

ويجوز إضاع ماله، وهو أن يدفع إلى غيره و الربح كله لليتيم، وأن يئني له عقاراً أو يشتريه.

ولا يجوز له بيع عقاره إلا للحاجة، ويجوز كتابة رقيقه وعقه على مال مع الغبطة، وخلطه مع عياله في النفقة، وينبغي أن يحسب عليه أقل،

وتوضيح الوجه الثاني: أن الأصل في غناء المال أن يكون للمالك، فلا يخرج عنه ويستحق عليه الآخر إلا بعقد يقتضيه، ولا يعقد الولي لنفسه، إما لأن العقد يقتضي متعاقدين، أو لأنه لا بد من الإذن في ذلك.

ويجاب عن الأول: بأن المتعاقدين يكفي حصولهما بالقوة وتفايرهما بالاعتبار. وعن الثاني: بما قدمناه، من أن إستاذ التصرف بالوصية يتناول كل تصرف بالمصلحة.

قوله: (ويجوز إضاع ماله، وهو: أن يدفع إلى غيره والربح كله لليتيم).

ببصاعة: طائفة من مالك تبعثها للتجارة، ذكره في الصحاح<sup>(١)</sup>، وجواز ذلك منوط بالمصلحة، ولا فرق في ذلك بين أن يكون لتجر مال الطفل متبرعاً، أو بالأجرة مع المصلحة.

قوله: (وأن يئني له عقاراً ويشتريه).

أي: وأن يشتريه، مبنياً كل ذلك مع المصلحة.

قوله: (وخلطه مع عياله في النفقة، وينبغي أن يحسب عليه أقل).

أي: أقل ما يحتاج إليه، وهذا الحكم على الاستحباب، لأن الواجب هو أن لا يزيد عليه.



وجعله في المكتب بأجرة، أو في صنعة، وقرض ماله إذا خشي تلفه من غرق، أو نهب، وشبهه فيأخذ عليه رهناً بحفظ قيمته فإن تعذر أقرضه من الثقة.

ولا يجوز قرضه مع الأمن، ولو احتاج الى نقله جاز إقراضه خوفاً من الطريق، وكذا لو خاف تفسده بتطاول مدته ولم يتمكن من بيعه، أو تعييه كتسويس التمر، وعن الحنطة.

قوله: (وقرض ماله إذا خشي تلفه من غرق أو نهب وشبهه، فيأخذ عليه رهناً لحفظ قيمته، فإن تعذر أقرضه من الثقة).

ولا يبعد وجوب الإقراض إذا ظهرت امارات حصول التلف، وإذا قضا: ان أداء الدين من الوكيل به بغير شهادة تعريض يلزم القول بوجوب الاشهاد هنا حذراً من التعريض، وكما يجوز ذلك للموصي بجور للحاكم مع عدمه، بل أولى، وكذا يجوز لعدول المؤمنين مع عدمه، ولا صمان في مواضع الجواز.

قوله: (ولو احتاج الى نقله جاز إقراضه خوفاً من الطريق).

فيقرضه من الثقة المضي، وليكن إقراضه في هذه الحالة على قصد حفظه، والفرق بين هذه والتي قبها: أن لإقراض هناك من غير سفر مع ظهور علامات الخوف، والإقراض هنا لأن الطريق مظنة السارق وقاطع الطريق ونحوهما، وإن كانت امارات الأمن موحدة، إذ لا يجوز لسفر مع امارات الخوف.

قوله: (وكذا إن خاف تلفه بتطاول مدته ولم يتمكن من بيعه).

أي: وكذا يقرضه من ثقة المضي لو خاف تلفه بتطاول مدته ونحو ذلك إذا لم يتمكن من بيعه.

قوله: (أو تعييه كتسويس التمر وعن الحنطة).

معطوف على (تلفه)، أي: وكذا إن خاف تعييه وإن لم يخف التلف يقرض من الثقة.

ولو أراد الولي السفر كان له إقرضه، فإن تمكن من أخذ الرهن وجب وإلا فلا. وللأب الاستنابة فيما يتولى مثله فعله، والأقرب في الوصي ذلك.

ويقبل قول الولي في الاتفاق بالمعروف على الصبي، أو ماله،

قوله: (ولو أراد الولي السفر كان له إقرضه).

ولا يجوز له في هذه الحالة نقله، لأن الطريق مطقة العطب، إلا مع الحاجة، وجواز القرض هنا غير مشروط بالخوف، إذ سفر الولي معرض المال للضياع، فيجوز إقرضه.

قوله: (فإن تمكن من أخذ رهن وجب وإلا فلا).

أي: إن تمكن من أخذ الرهن في جميع ما يجب ويحب، ومدونه يكون مقرطاً، وإلا سقط.

قوله: (وللأب الاستنابة فيما يتولى مثله فعله).

لأن ذلك مما جرت العادة بمشه، ولا يعد بذلك مقصراً.

قوله: (والأقرب في الوصي ذلك).

وجه القرب: أنه قائم مقام الأب، فيجوز له ما يجوز له، ولما قلناه من جريان العادة بالاستنابة في مثله، وهو الأصح. أما مالا يقدر مثله على فعله، أو لم تجر العادة بتولي مثله له، فانه تحوز الاستنابة له قطعاً.

قوله: (ويقبل قول الولي في الاتفاق بالمعروف على الصبي أو

ماله).

أي: أو في الاتفاق على ماله، وإن يقبل قوله باليمين، نص عليه في

التذكرة<sup>(١)</sup>، ولأنه مدع، فلا أقل من اليمين في حانیه.

والبيع للمصلحة، والقرص ها، واستنف من غير تفريط، سواء كان أباً أو غيره على اشكال.

وهل يصح بيع المير وشرائه مع اذن الولي؟ نظر.

### الفصل الثاني: في المجنون والنفية:

أما المجنون فهو ممنوع من التصرفات جميع، المالية وغيرها، وأمره الى الأب والجد له وإن علا، فإن فقد فالوصي، فإن فقد فالحاكم، وللولي التصرف في ماله بالقبضة.

قوله: (سواء كان أباً أو غيره على اشكال).

الاشكال في غير الأسد، ومنشئة، حسن أصله الصحة في تصرف المسلم، ولأنه مصوب لعل ما يعتقد مصحة، فيرجع إليه فيه إذا تعسر إقامة البيعة على ذلك، ولأنه أمين، ومن أصله مفاء المدك على مالكة إلى أن يثبت الناقل، والأول أقوى.

قوله: (وهل يصح بيع المير وشرائه مع اذن الولي؟ نظر).

ينشأ: من أن اسوغ شرط، لا اعتبار الصيغة، ومن أن اذن لولي مصيرها بمنزلة الصيغة من البالغ. وليس بعيد البناء على أن أفعال الصبي وأقواله شرعية أم لا. والأصح أنه لا يصح.

قوله: (وأمره إلى الأب والجد وإن علا، فإن فقد فالوصي، فإن فقد فالحاكم).

إن بلغ قاسد العقل فلا بحث في أن الولاية عليه (كما ذكره المصنف، أما إذا كمل بالغاً ثم تجدد جنونه، فإسدي يقتضيه صحيح النظر أن الولاية عليه)<sup>(١)</sup> للحاكم، لزوال ولاية الأب والجد بالكمال، فبوتها يحتاج إلى دليل.

وحكمه حكم الصبي فيما تقدم، إلا الطلاق فإن للولي أن يطلق عنه، وإلا البيع فإنه لا ينفذ وإن أذن له الولي، وله أن يزوجه مع الحاجة لا بدونها.

وأما لسفيه فهو الذي يصرف أمواله على غير الوجه الملائم لأفعال العقلاء، ويمنع من التصرفات المالية، وإن ناسبت أفعال العقلاء

قوله: (وحكمه حكم الصبي فيما تقدم، إلا الطلاق، فإن للولي أن يطلق عنه، وإلا البيع فإنه لا ينفذ وإن أذن له الولي).

لما لم يكن الصبي في محل الاحتياج إلى الطلاق لم يتصور أن يتولاه ولي عنه، بخلاف المحنون، ولأن للمصا مدد يعطى زواله <sup>للعقلاء</sup>، بخلاف المحنون فإنه لا أمد له يرتقب زواله فيه.

ولا يحى أن الصلاح عن المحنون إنما يسرع مع المصلحة، وكما يستثنى الطلاق من مشبهة المحنون للصبي في لأحكام، فكذا لبيع، فإنه لا يعد من المحنون وإن أذن له الولي، بخلاف الصبي، فقد سبق التردد فيه، والفرق أن المحنون كغير المميز، فلا أثر لعبارة ولا قصد له.

قوله: (وأما السفیه فهو: الذي يصرف أمواله على غير الوجه الملائم لأفعال العقلاء).

لمراد: أن شأنه ذلك، فلا يعتد بوقوع ذلك مرة ومرة، إذ الغلط والانخداع ساري في أكثر الناس.

قوله: (ويمنع من التصرفات المالية وإن ناسبت أفعال العقلاء). لا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى، بل الأنثى أشد، إذ هي إلى نقصان العقل ولاخنداع أقرب، ومن ثم ذهب بعض العامة إلى بقاء الححر عليها وإن بلغت رشيدة<sup>(١)</sup>.

(١) انظر: المحلى لابن قدامة ٤: ٥٦٠ مسألة ٣٤٧٣، وشرح الكبير مع المحلى ٤: ٥٦٠.

كالبيع و الشراء بالعين ، أو الذمة ، والوقف والهبة ، والإقرار بالدين والعين والنكاح ، فإن عقد لم يمض.

وهل يتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم، أو يكفي ظهور السفه؟ الأقرب الأول، ولا يزول إلا بحكمه، فإن اشترى بعد الحجر فهو باطل.

قوله: (والنكاح).

الظاهر أنه لا فرق فيه بين الرجل والمرأة، لأن النكاح يقتضي الصداق، فهو تصرف مالي من طرفها، ولروح بنتزيمه والروحة تجعل الصع في مقابلة، فهو ملحق بالأشياء المستقومة، ولهذا لو أنكلبت نفسها بدون مهر المثل لا يصح، بل الولي لا يصح منه ذلك إلا بالصحة، فأحصل أنه تصرف مالي.

قوله: (وهل يتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم أو يكفي ظهور السفه؟ الأقرب الأول، ولا يزول إلا بحكمه).

هنا أقوال:

أ: ما ذكره المصنف هنا.

ب: توقفه على حكم الحاكم وزواله بزوال السفه، ويظهر من كلام الشهيد في شرح الإرشاد وجوده قولاً.

ج: ثبوته بمجرد السفه، وتوقف الزول على الحكم يوحد في بعض كلام الشهيد (١).

د: ثبوته بظهور السفه وانتضاؤه بانتفائه، وذلك حيث يقطع بالأمرين، وهو الأصح، لظاهر قوله تعالى: (فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً) (٢) الآية، أثبت عليه الولاية بمجرد السفه، فتوقها على أمر آخر يحتاج إلى دليل.

ويسترد البائع سلعته إن وجدده، وإلا فهي ضائعة إن قبضها باذنه، عالماً كان لبائع أو جاهلاً وإن فك حجره.

إذا تقرر هذا ففي الذي يلي ماله قولان.  
أ: أنه الحاكم، سواء تجدد لبعه عيه بعد بوعه أو بلغ مبيعاً، لتوقف الححر وزواله على حكم الحاكم، فيكون البصر إليه.  
ب: أنه إن بلغ مبيعاً فبولاية للأب واحد، (ثم وصي أحدهما، ثم الحاكم، وإن بلغ رشيداً ثم تجدد سفهه فبالأمر فيه إلى الحاكم دون الأب والجد) (١)، وهذا هو الأصح.

نعم، لو قلنا بتوقف الححر عليه عن حكم الحاكم، أتجه كون لولاية له مطلقاً، مع إمكان كونها للأب واحد فيم بلغ مبيعاً، إذ لا تعد في اعتد حكم الحاكم في ثبوت السفه وعدم زواله، لأن الإمارات قد يقع العسط فيها. ويصتف: بأن البحث عن تقدير حرم، ثم إن من بلغ مبيعاً يكفي في حكمه استصحاب ما كان إذا لم يعلم الناقل.

وهيه نظر، إذ لا بد من البحث عن روال المقتضي للححر وعدمه، فإذا اشتبه الأمر على الأب رجع إلى الحاكم، عن أن التبذير وإصلاح المال من الأمور التي لا تكاد تحقق على ذي بصيرة.

قوله: (والآ فهي ضائعة إن قبضها باذنه، عالماً كان البائع أو جاهلاً وإن فك حجره).

أي: وإن لم يجددها فهي ضائعة إن قبضها باذنه، لأن قبضها باذنه في لبيع تسليط على التصرف والاتلاف، عبة ما في باب أنه لم يكن متجأناً، بل بعوض، ووجود السفه مانع من ثبوت العوض. ولا فرق في ذلك بين كون البائع عالماً أو جاهلاً، لأن تسليطه غيره على إتلاف ماله قبل اختبار حاله، وعسبه بأن لعوض المبذول منه ثبوت أولاً تصيب لماله وتقصير في حفظه. وكذا لا فرق بين

(١) ما بين القوسين لم يرد في «م» وأثبتاه من «ق».

وكذا لو اقترض وأتلف المال.

ولو أذن له الوصي صح إن عتس، وإلا فلعن، وكذا يجوز لو باع فأجاز الولي.

ولو أتلف ما أودع قبل الحجر، أو غصب بعده، أو أتلف مال غيره مطلقاً ضمن.

بقاء حجره بعد ذلك وفيه، لعدم البروم في وقت الاتلاف، فلا يلزم بعد نكاح، فقول المصنف. (وإن عتس حجره) وصي.

واعلم: أنه لو قصص نكاحاً من المالك، فهو ملحق بغيره من القصص عدواناً، إذ التسليط بالاقصاص على الوجه المعين لا لمجرد البيع. قوله: (وكذا لو اقترض وأتلف المال).

لأن لأقراض تسليط على الاتلاف، وكذا كل ما ضمن التسليط على الاتلاف من المالك، ومثل السعي في ذلك لصي والمخون بطريق أولى.

قوله: (ولو أذن الوصي صح إن عتس، وإلا فلعن).

إذا أذن الولي لتسعيه في التصرف، وإن أطلق كان لعناً لأنه لو صح فأت الغرض من الحجر عليه. وإن عتس موعاً من التصرف وقدر العوض، كأن قال له: مع شيء العلامي نكح وانكح فلانة نكدا صح، لأن المانع ليس إلا خوف المخذور من إتلاف المال وهو مدفوع به قساً، وقرنه المصنف في لتذكراً<sup>(١)</sup>. ومعلوم أن اعتبار إذن الولي مشروط بالمصلحة كتصرفه، بل أولى.

قوله: (وكذا يجوز لو باع فأجاز الولي).

لما قلناه: من أنه باع مكنت، غية ما في الباب معه خوف إتلاف المال، وهو منتف بها.

قوله: (ولو أتلف ما أودع قبل الحجر، أو غصب بعده، أو أتلف مال غيره مطلقاً ضمن).

أي: لو أئلف لصفه بعد لبحر ما أودعه قبل لبحر ضمن، إذ لا تسليط على الاتلاف ها من لمالك، ولا تعريض للاتلاف، لكونه حيث غير محذور فيضمن، لأن إتلاف مال الغير سبب في انصمان.

ويفهم من قوله: (ما أودع قبل الاحقر) أن ما أودعه بعد لبحر لا يصممه بالاتلاف، وهو فتوى الارشاد<sup>(١)</sup>، ستعريض مالكه بآه للاتلاف، ولطاهر قوله تعالى: (ولا تؤثروا السفهاء أموالكم)<sup>(٢)</sup> وحنس في التحرير<sup>(٣)</sup> ولم يصرح بفتوى. واختار في التذكرة<sup>(٤)</sup> الضمان بما حصل في يده من المال باختيار صاحبه، من غير تسليط على الاتلاف، كالوديعة وبيعارية بآه أو أئلف بتعريضه، بعموم: «على اليد ما أخذت»<sup>(٥)</sup>، ولأن الاتلاف سبب انصمان، والمالك لم يسلط عنه، ولا يلزم من تسليطه باختيار صاحبه أن يكون الاتلاف باختياره.

لكن في قول المصنف: (أو أئلف من غيره مطلقاً) - أي: قبل الاحقر أو بعده (ضمن) ما يقتضي أنه لو أئلف الوديعة أو بيعارية ومخوم، لم يسلط لمالك على الاتلاف فيه يضمن، فيبقى المهور في يده (قبل الاحقر) مقصوراً على ما إذا قرط في الحفظ، فتكون فتوى القواعد تضمنه بالاتلاف لا بالتفريط، والأصح الضمان مطلقاً.

ولا يكاد يفرق بين الاتلاف والتفريط، فإنه إتلاف، ومن الأمور المستبعدة تضمنه بالنصب وعدم تضمنه بالاتلاف للوديعة، مع كونه أبغ منه وأفحش، على أن وضع اليد حال الاتلاف غصب.

(١) الارشاد: ١٣١ (محطوط).

(٢) النساء: ٥.

(٣) التحرير: ٢١٩.

(٤) التذكرة: ٢: ٧٨.

(٥) سنن الترمذي: ٢: ٣٦٨، سنن البيهقي: ٦: ٩٥، سنن ابن ماجه: ٢: ٨١٢ حديث ٢٤١٠، مسند

أحمد: ٥: ٨، ١٢، ١٣، مستدرک الحاكم: ٢: ٤٧.



ولو أقرّ بدين لم ينفذ، سواء أسده لى ما قبل الحجر أولاً، وكذا لو أقر باتلاف مال أو بجنابة توجب مالاً.

ويصح طلاقه، ولعانه، وظهريه، ورجعته، وخلعه، ولا يسلم مال الخلع اليه، وإقراره بالنسب،

وحكم الصبي والمجنون - لو أتيا مان غيرهما، أو غصبا فتدف في يدهم - في وجوب ضمان في مالهما كحكم السفيه، وكذا في انتهاء الضمان بما حصل في أيديهما باختيار صاحبه مع لتسيط عن الاتلاف، كالبيع ولفرض. أما الوديعة والمعارضة ومخوّم إذا ألقاها، أو تلعت بتعريضها، فهي الضمان تردد، وقرب المصيب في التذكرة (١) والتحرير (٢) عدم الضمان، لكن ضمان الصبي المميز إذا به بشر لا تلاف قوي، والتعريض لا يكاد يقصر عن الاتلاف، أما غير المميز والمجنون فهما كسائر الحيوانات.

قوله : (ويصح طلاقه).

لأن التصرف فيه لا يصادف المال.

قوله : ( وإقراره بالنسب ).

إذ لا يستلزم التصرف بالمال.

فروع : إقرار السفيه دلال غير دفع حد الحجر، فإذا زان فطهرهم أنه لا يؤخذ به، لكن فيما بينه وبين الله يجب عليه الاداء إن كان حقاً، صرح بذلك في التذكرة (٣).

ويمكن توجيهه بكون إقراره حينئذ لعوا، فلا يعتد به حال الحجر ولا بعده، ولو ادعى عليه بمال، فع الحجة الشرعية يجب، وهل يجب باليمين المردودة؟ ينشئ على أنها كاليمين أو كالأقرار، فيجب على الأول، لا الثاني.

(١) التذكرة ٢ : ٧٨.

(٢) التحرير ١١ : ٢١٩.

(٣) التذكرة ٢ : ٧٩.

وينفق على من استلحقه من بيت المال، وبما يوجب القصاص، ولو صولح فيه على مال فالأقرب ثبوت المال.

ولو وكله غيره في بيع أو هبة جرد لقاء اهلية التصرف. وللولي أن يشتري له جارية ينكحها مع المصححة، فإن تبرم بها أبدلت، وهو في العبادات كالرشيد، إلا أنه لا يفرق الركة بنفسه. وينعقد إحرامه في الواجب مطلقاً،

قوله: (وينفق على من استلحقه من بيت المال).

جواب عن سؤال، تقديره: أن الإقرار بالنسب يقتضي ثبوت النفقة، فيجب أن لا يعد، لأنه إقرار بما يتضمن التصرف في المال. والجواب: أن النسب يثبت بالنسبة إلى ما عدا المال، فينفق حيث يقع المقرض من بيت المال، لعدم ثبوت استحقاق النفقة من مال السببه.

وفي حواشي شيخنا الشهيد: أنه لو قيل: يكون من ماله لكان حساً، لأن النسب قد ثبت، فثبت النفقة تبعاً، ولأن في ذلك إصراراً لجميع المسلمين لأجل قول واحد.

وجوابه: أن النسب إنما يثبت بالنسبة إلى ما عدا المال، وبيت مال المسلمين لمصالح المسلمين، وهذا منهم، فلا يصح أن يقال: وجوب النفقة إصراراً بالمسلمين، وإلا لقل في كل فرد منهم مثل هذا.

قوله: (ولو صولح فيه على مال، والأقرب ثبوت المال).

وجه القرب: أن فيه حفظ نفسه، وهو أولى من حفظ المال. ويحتمل العدم، لأن ذلك مفقود للغرض من الحر، لا يمكن أن يتواطأ مع المقر له على الإقرار، ثم الصلح توصل إلى الغرض العاصد.

وجوابه: اندفاع ذلك بقرائن الأحوال، فإن المقدم على الاستيفاء لا يكاد يخفى، ولا يلتبس بمن يحاول المال، فيصح نصيح، إلا مع حصول الريبة. قوله: (وينعقد إحرامه في الواجب مطلقاً).

وفي التطوع إن استوت نفقته سفرًا وحضرًا ، أو أمكنه تكسب الزائد، وإلا حلّه الولي بالصوم.

أي: سواء استوت النفقة، أو زادت نفقة السفر.

قوله: (وفي التطوع إن ستوت نفقته سفرًا وحضرًا، أو أمكنه تكسب الزائد).

لا بحث مع الاستواء، أم مع تكسب الزائد، فإنه يرد عليه: أن ما يكتسبه مال، فيتعلق بالحربة.

وحواله: أنه قل لا يكتب لم يكن مالاً، وبعده صار محتاجاً إلى زيادة النفقة. وأيضاً أن الاكتساب غير واجب على السفيه، وليس سوسي قهره عليه، فلا يلزم من صرف ما يحصل به إتلافه شيء من المال الذي تعلق بالحربة.

قوله: (وإلا حلّه الولي بالصوم)

أي: وإن لم تستوايفقتان ولا أمكنه تكسب الزائد، حلّه الولي بالصوم كالمحصور، قال في التذكرة: إذا جعلنا لدم الاحصار بدلاً<sup>(١)</sup>، وظاهر قوله: (حلّه) تعيين ذلك، وهو لذي يقتضيه الحصر، حفظ المال، وظاهر التذكرة<sup>(٢)</sup>، والتحرير<sup>(٣)</sup> أن به كلاً من الأمرين.

إذا تقرر ذلك، فالصوم الذي يحلّه الولي به على ما سبق في الحج عشرة أيام، وهي بدن اهدي، كهدي التمتع، من غير اعتبار للشوالي والزمان، وكونه في الحج وعدم ذلك، ونقل شيخنا شهيد: أن في رواية ثمانية عشر يوماً. فان قلنا بدلية الصوم عن هدي الاحصار فلا بحث، وإلا فاللازم أحد الأمرين: إما بقاؤه على إحرامه إلى رمان الصك، أو القول بأن إحرامه في هذه الحالة فاسد، لاستلزامه التصرف في المال.

(١) التذكرة ٢: ٨١.

(٢) المصدر السابق.

(٣) التحرير ١: ٢١٩.

وينعقد يمينه، فإن حنث كفر بصوم، وله أن يعفو عن القصاص لا الدية والأرش، والولاية في ماله للمالك خاصة.

ولوفك حجره ثم عاد بتبديل عبد الحجر، وهكذا.

### الفصل الثالث: في المملوك:

المملوك ممنوع من التصرف في نفسه، وما في يده يبيع، وأجارة، واستدانة، وغير ذلك من جميع العقود، إلا بإذن مولاه، عدا الطلاق فإن له إيقعه وإن كره المولى.

و لأقرب أنه لا يملك شيئاً سوء كان فاضل الضريبة، وأرش الجناية على رأي، أو غيرهما، وسوء ملكه مولا على رأي أولاً.

قوله: (والولاية في ماله للمالك خاصة).  
الأصح أن ذلك إذا تحدد سهمه بعد البلوغ رشيداً، وإلا فالولاية للأب والجد به، ثم لوصي أحدهما.

قوله: (عدا الطلاق، فإن له إيقعه وإن كره المولى).  
لأن الطلاق بيد من أخذ بالساق.

قوله: (والأقرب أنه لا يملك شيئاً، سوء كان فاضل الضريبة وأرش الجناية على رأي، أو غيرهما، وسوء ملكه مولا على رأي أولاً).

الضريبة: فعيلة من الضرب، وهو: ما يضربه المولى على العبد، ويقاطعه عليه من كسبه، في كل يوم أو في كل أسبوع، وبحود ذلك، فإن الفاضل عنه من الكسب هو فاضل الضريبة، فقد قيل: بأن بعد يملكه<sup>(١)</sup>، وكذا قيل: به يملك أرش الجناية عليه، وقيل: يملك ذا ملكه المولى. والأصح عدم ملكه بحال، للآية<sup>(٢)</sup> الدالة على أن العبد المملوك لا يقدر على شيء، ومن حملته القدرة على تلك المذكورات، فيكون النفي شاملاً لذلك.

(١) قال به الصدوق في اللقيح: ١٦٦، والمحقق في المختصر النافع: ١٣٢.

(٢) النحل: ٧٥.

ولا تصح له الاستدانة، فإن استدان بدون إذن مولاه استعبد، فإن تلف فهو في ذمته، إن عتق أذنه وإلا ضاع، سواء كان لمدين جاهلاً بعبوديته أولاً.

ولو أذن له مولاه في الاستدانة لزم لمولى إن استبقاه، أو باعه. ولو اعتقه فالأقوى إلزام المولى، ويتشارك غرماؤه وغمراء المولى في التركة القاصرة على النسبة.

ولو أذن له في التجارة لم يجز التعدي فيما حله، وينصرف الاذن في الابتياح إلى النقد، وله النسبة إن أذن فيها، فيشت الثمن في ذمة المولى.

قوله: (ولو أعتقه فالأقوى إلزام المولى).

هذا هو الأصح، وللشيخ قول يلزم العبد<sup>(١)</sup>، واحتاره المصنف في المختلف<sup>(٢)</sup>، تمويلاً على رواية<sup>(٣)</sup> لا دلالة فيها. واعلم: أن نظم العدة غير حسن، لأن طاهر اشترط استبقائه أو بيعه في لزوم الدين المولى يقتضي لمسيهما عدهما، مع أن مختاره مع لعتق لزوم أيضاً، فلو قال: وكذا لو أعتقه على الأقوى لكان أحسن.

قوله: (ويتشارك غرماؤه وغمراء المولى).

الجميع غرراء المولى، لأن مدين لزم ذمته، فإطلاق غرراء العبد عليهم بالجهار لوقوع الاستدانة منه.

قوله: (وينصرف الاذن في الابتياح إلى النقد).

لأنه المناسب، ولأن النسبة غير مرعوبة غالباً، ولأنها معرضة للتلف والضياع.

(١) النهاية: ٣١١.

(٢) المختلف: ٤١٤.

(٣) التلخيص: ٨، ٢٤٨ حديث ٨٩٥، الاستبصار: ٤، ٢٠ حديث ٦٤.

ولو تلف الثمن قبل التسليم فعلى المولى عوضه.  
وليس له الاستدانة ، إلا مع ضرورة التجارة المأذون فيها له  
فيلزم المولى ، وغيره يتبع به بعد العتق ، وإلا ضاع ، ولا يستسعي على رأي.

قوله : (ولو تلف الثمن قبل التسليم فعلى المولى عوضه).

لأن تلفه بيد العبد كتلفه بيد السيد.

قوله : (وليس له الاستدانة ، إلا مع ضرورة التجارة المأذون فيها

له ، فيلزم المولى ، وغيره يتبع به بعد العتق)  
أي: ليس للعبد الاستدانة مع عدم الإذن ، مدليل ما سبق ، إلا مع  
اقتضاء ضرورة التجارة المأذون فيها الاستدانة ، بحيث يلزم ما استدانه للضرورة  
المولى ، لأن الإذن في التجارة يستلزم الإذن في جميع ضرورياتها ، كنقل المتاع ،  
وحمله ، وأجرة حاضنه ونحوها ، مع الاستعانة بذلك ،

وغير المستدان لضرورة التجارة المأذون فيها إذا تلفت عينه ، يتبع به العبد  
بعد العتق إن عتق ، ويندرج في (غيره) شيئا ما استدانه لا لضرورة التجارة  
المأذون فيها ، وما استدانه لغير المأذون فيها مطلقا .

إذا عرفت ذلك ، فالضمير في قوله : (فيلزم المولى) يعود إلى مادل عليه  
قوله : (إلا مع ضرورة التجارة المأذون فيها) أعني : ما استدانه ، وكذا ضمير  
(غيره) .

قوله : (والأضاع) .

معطوف على محذوف ، يدل عليه قوله : (بعد العتق) أي : إن أعتق ، وإن  
لم يعتق ضاع ذلك اللين في الدنيا .

قوله : (ولا يستسعي على رأي) .

هذا هو الأصح ، لأن ما يحصل بسعيه ملك المولى ، وقد علم أن أداء هذا  
الدين ليس على المولى . وقال الشيخ : يستسعي<sup>(١)</sup> ، وابن حمزة : إن لم يعلم المدين

ولا يتعدى الاذن الى مملوك المأذون، ولو أخذ المولى ما استدانه وتلف في يده تخيير المقرض بين اتباع العبد بعد العتق، والزام المولى معجلاً.

ويستعيد المقرض وابنايع العين لو لم يأذن المولى فيها، فإن تلفت طوب بعد العتق.

ولو أذن له المولى في شراء لنفسه فضي تملكه اشكال.

عدم الاذن<sup>(١)</sup>، وهما ضعيفان.

قوله: (ولو أخذ المولى ما استدانه وتلف في يده، تخيير المقرض بين اتباع العبد بعد العتق، والزام المولى معجلاً).

لأن كثر واحد منهما أثبت يده على ماله عدواناً، فلو تبع العبد بعد العتق وأغرمه، منه الرجوع على المولى، لأن إقرار التلف في يده، ولو غره العبد، بأن قال: هذا ملكي أو كسبي، فلا رجوع له، ولو أغرم المولى في هذه الحالة، فإن أغرمه قبل العتق فلا شيء له، وإن أغرمه بعد العتق فليس يبيعه رجوعه على العبد. ومثله: لو أخذ المولى ثم رده على العبد، فتلف في يده.

قوله: (ويستعيد المقرض والبايع العين لو لم يأذن المولى فيها).

أي: في القرض والبيع، لدلالة اكلام عليهما.

قوله: (ولو أذن له المولى في الشراء لنفسه، فضي تملكه اشكال).

الصير في (تملكه) يعود إلى (المولى)، لأن العبد لا يملك عند المصنف كما سبق. ومنشأ الاشكال: من أن الاذن في الشراء لنفسه فاسد، فلا تترتب عليه صحة البيع، فلا يثبت بيع المملك للمولى، ومن حيث أن الاذن في الشراء لنفسه تضمن أمرين: مطلق الاذن في الشراء، وتقييده بكونه لنفسه، فإذا بطل التقييد بقي المطلق، وإذا كان الشراء في اجملة مأدونا فيه، أثمر الملك للمولى. ويضعف: بأن الاذن، إنما يتعلق بأمر واحد، وهو: شراء مخصوص للعبد،

وهل يستبيع لعبد البضع؟ الأقرب ذلك، لا من حيث الملك، بل لاستلزامه الاذن.  
واذا أذن له في التجارة جاز كل ما يندرج تحت اسمها أو استلزمته، كحمل المتاع إلى المحرز، والرد بالعيب. وليس له أن ينكح ولا يؤاجر نفسه،

وقد انتهى بامتناعه، فيكون البيع الواقع غير مأذون فيه، فلا يثمر مكملاً للمولى، وهو الأصح.

قوله: (وهل يستبيع العبد البضع؟ الأقرب ذلك، لا من حيث الملك، بل لاستلزامه الاذن).

كأن قوله: (لا من حيث الملك...) جواب عن سؤال، تقديره: حيث انتهى الملك، فكيف يستبيع الوطء؟

وجوابه. أن الاستباحة ليست من حيث الملك، بل لاستلزام الاذن في الشراء لنفسه الاذن في الوطء، لأنها إذا كانت ممنوعة له كانت جميع التصرفات حلالاً له، فإذا بطل الاذن الأول، لم يلزم بطلان الثاني.

وبين بشيء، لأن المأذون فيه هو شراء نفسه، فإذا تحقق استلزام<sup>(١)</sup> إباحة التصرفات، أما الاذن فيها فغير حاصر، وهذا تفريع على ثبوت الملك للمولى، وهو ضعيف مبني على ضعيف.

قوله: (وإذا أذن له في التجارة، حاز كلها يندرج تحت اسمها أو استلزمته، كحمل المتاع إلى المحرز والرد بالعيب).

كأنه أراد بالاندراج ما يعم الدلالة الالتزامية، فإن حل المتاع إلى المحرز ليس من جملة أقسام التجارة، إذ التجارة هي الاكتساب وهذا من مقدماته.

قوله: (وليس له أن ينكح ولا يؤاجر نفسه).

لعدم تناول الاذن في التجارة لشيء منها، ولأنه لا يملك التصرف في

(١) في «م» و«ق»: استلزام، وما أثبتناه من الحجري، وهو الصحيح.



والأقرب أن له أن يؤجر أموال التجارة.

ولو قصر الاذن في نوع أو مدة لم يعم، ولا يتصدق، ولا ينفق على نفسه من مال التجارة، ولا يعامل سيده بيعاً ولا شراءً - خلافاً للمكاتب.

منفعته، فيتوقف على الاذن.

إن قيل: الاذن في التجارة يعم وجوه الاكتساب، وهذا من جهاتها.

قلت: المتبادر من الاذن له في التجارة الاكتساب بشيء آخر، فلا يكون

اللفظ متناولاً للاكتساب بمنفعته.

قوله: (والأقرب أن له أن يؤجر أموال التجارة).

وجه القرب: أن ذلك من جملة وجوه الاكتساب بالمال، فيتناول

الاذن. ويحتمل صحيحاً للعلم، توهماً أن التجارة هي البيع، فلا يتناول الاذن فيها الاجارة، والأصح الأول.

قوله: (ولا يتصدق).

قال في التذكرة: إلا مع علم انتفاء كراهية المولى<sup>(١)</sup>، وهو حسن.

قوله: (ولا ينفق على نفسه من مال التجارة).

لأنه مناف لمقصود التجارة، وعند أبي حنيفة يجوز، فإن اضطر ولم يمكنه

الاستئذان فيه وفي القرص للاتفاق، أمكن أن يكون ذلك من ضروريات التجارة. ولو استأذن الحاكم في الاقتراض أو الاتفاق مع تملّذه وتعذر مراجعة المولى، فلا كلام في الجواز. وكذا لو تعذر ذلك كله وبلغ حد الضرورة، فإن له دفعها.

قوله: (ولا يعامل سيده بيعاً ولا شراءً خلافاً للمكاتب).

لأن تصرفه لسيد، ولا كذلك المكاتب، لانقطاع سلطنة المولى عنه

وكون تصرفه لنفسه، وقال أبو حنيفة بالجواز<sup>(٢)</sup>.

(١) التذكرة ٢: ٩٠.

(٢) بلغة الصانع ٧: ١٧٦.

ولا يضم ما اكتسبه بالاحتطاب والاصطياد الى مال التجارة.  
وهل ينزل بالإباق؟ نظر، ولا يصير مأذوناً بالسكوت عند  
مشاهدة بيعه وشرائه، وإذا ركبته الديون لم يزل ملك سيده عما في يده،  
ويقبل إقراره بديون المعاملة في قدر ما أذن له لا أزيد،

قوله: (ولا ينضم ما اكتسبه بالاحتطاب والاصطياد إلى مال  
التجارة).

لعدم تعمق الاذن به، ولو عمم كن له أن يصمه.  
قوله: (وهل ينزل بالإباق؟ نظر).  
يشأ: من أن الأصل بقاء حكم الاذن عملاً بالاستصحاب، ومن شهادة  
أهل باب السيد لا يرضى بالاذن بعد الإباق، ولأن شارع نزل منرلة الموت،  
ولهذا يزول نكاحه عن امرأته. ويصدق بأن القسك يصريح الاذن أقوى، إلى أن  
يتحقق الغزل.

قوله: (ولا يصير مأذوناً بالسكوت عند مشاهدة بيعه وشرائه، وإذا  
ركبته الديون لم يزل ملك سيده عما في يده).  
خالف في الحكمين أبو حنيفة<sup>(١)</sup>.

قوله: (ويقبل إقراره بديون المعاملة في قدر ما أذن له لا أزيد).  
فإن أقرب بأن في ذمته لزيد مقداراً من ثمن مبيع، قيل: إن لم يتجاوز  
مقدار المأذون فيه، لأن المأذون فيه جائز له، فيكون مقبولاً، بخلاف ما سواه.  
ويحتمل عدم القبول إن لم يصدق المولى، لأن لإذن له في المعاملة لا يستلزم قبول  
إقراره على المولى.

والتحقيق، أن هذا المبحث يحتاج إلى التحرير: فإن أريد: أن السيد إذا  
أذن لعبده في المعاملة بمقدار كذا، ودفع إليه مالا ليتجر به، فعاد وبيده أعوان  
يلدعي أنه اشتراها في ذمته، وأن ديها ماق، وادعى تلف ما كان بيده، أنه يقبل

(١) بتاتج لصنائع ٧: ١٩٢، اللباب ٢: ٦٧، بسوط شرحي ٢٥: ١١.

سواء أقر للأجنبي أو لأبيه أو لابنه.

ولا تجوز معاملته بمجرد دعوه الاذن، ما لم يسمع من السيد أو تقوم به بيئة عادلة،

إقراره هنا على السيد فهو مستبعد حداً مع إنكاره ذلك .

وإن أريد: أن السيد إذ أذن له في التجارة والمعاملة بمقدار كذا، ولم يدفع إليه شيئاً، فماد وببده أعوص، يدعي شراءها في ذمته وبقاء الثمن، أنه يقبل إقراره فهو قريب، نظراً إلى شهادة الحال ومقتضى الاذن، وتضرر معاملته لو لم يقبل.

والأصح: أنه لا يخصي إقراره على المولى، وشهادة الحال ليست حجة، لشغل الذمة الخالية بالضرر<sup>(١)</sup> يتدفع بالاشهاد، وليس إقرار العبد بأول من إقرار الوكيل.

نعم، يشكل الحال لو أقر لعبد المأذون: بأن ما بي يده ملك لفلان (ودیعة أو غصباً ومحوها، فإن في القبول وعدمه إشكالاً، يلتصت إلى أن الإقرار على ما بي يده)<sup>(٢)</sup> لا على المولى، وقد صارت يده بالأذن كبد الوكيل، وأن ما بيده لمولاه. قوله: (سواء أقر لأجنبي أو لأبيه أو لابنه).

وقال أبو حنيفة: لا يقبل إقراره لها<sup>(٣)</sup>، ولا يحق أن الإقرار لو كان بغير دين المعاملة، أو من غير المأذون لا يقبل.

فرع: لو أقر المأذون بدين قرضته ضرورات التجارة، فعلى القول بالقبول في المسألة السابقة يجب القبول به، ولا يتقيد بمقدار المأذون بالتجارة فيه، لأن ضرورات التجارات لا تنحصر في مقدار.

قوله: (ولا تجوز معاملته بمجرد دعواه الاذن، ما لم يسمع من السيد، أو يقيم به بيئة عادلة).

(١) في «س» و«م»: والضرورة، وما أثبتناه هو الصحيح.

(٢) ما بين القوسين لم يرد في «ق».

(٣) للبوط للرحسي ٢٥: ٨٠.

## والأقرب قبول الشيع.

ولو عُرف كونه مأذوناً، ثم قال: حجر علي السيد لم يعامل،

أي: لا يجوز ذلك، ما لم يسمع مريد معامته من السيد لاذن له، أو يقيم العبد بالاذن بينة عادلة، وعدم جرم (يقيم) لكون الجملة معطوفة على الجملة لا على المجزوم، ويكون الحكم محذوفاً، أي: أو يقيم به بينة عادلة فيحوز. قوله: (والأقرب قبول الشيع).

لأن إقامة البينة على الاذن عند كل معاملة هو يتعذر، ويرد عليه مثله في الشيع، لأن حجر جماعة يشر إخبارهم طناً قوياً متأهاً للعلم عند كل معاملة، مما يتعذر أيضاً، وليس مطلق الإخبار شيعاً.

هذا مع أنه إن أريد قول أنشاع محسب بحكم به على المولى لو أنكر فهو مشكل، لأنه سيأتي أن الشيع لصعده لا يشت به الملك الذي يد شحص آخر عليه، فكيف يحكم به على المولى في قطع سطنة الحجر على عبده، وحروح أملاكه عنه بتصرفه؟ نعم لو اعتبرنا في الشيع حصول العلم بالاخبارات أنه ذلك، لأنه أقوى من البينة حينئذ.

وإن أريد جواز المعاملة بسببه، بحيث يرتفع لمع، وتكون ادعوى بين المولى والعد لو أنكر باقيه، فهو متجه، لكن اشتراط حصول الشيع بجواز ذلك لا وجه له، بل لا يبعد الاكتفاء بحبر لعدن الواحد، إذ الأصل في إخبار المسلم الصحة، وقد تأكد بالعدالة، بل لو أحبر من ثمر حبره الطن أمكن القول، إذ ليس ذلك بأقل من حبر من يدعي الوكالة عن الغير في بيع ماله، وليس بأقل من خبر الصبي في الهدية، ولو ظمرت موافق على هذا لم أعد عنه.

قوله: (ولو عرف كونه مأذوناً، ثم قال: حجر علي السيد لم يعامل).

لقول إقراره في عود الحجر، لأنه إقرار على نفسه.

فإن قال السيد: لم أحجر عليه احتمل أن لا يعامل لأنه العاقد والعقد باطل بزعمه، والمعاملة أخذاً بقول السيد.

ولو ظهر استحقاق ما باعه المأذون بعد تلف الثمن في يده رجع المشتري على السيد، ولا يقبل قرار غير المأذون بمال ولا حد، وهل يتعلق بذمته؟ نظر.

قوله: (فإن قال السيد: لم أحجر عليه احتمل أن لا يعامل، لأنه العاقد، والعقد باطل بزعمه، والمعاملة أخذاً بقول السيد).

لا شبهة في أن الحجر من السيد وحق له، وليس للعبد فيه دخل ولا يعتبر رضاه، كما لا يعتبر في إثبات لادن له إذ أذن له المولى، فلا يعتد بمخالفته فيه للسيد، لأن السيد أحق بقبضه منه. نعم قد يتخير أن صحة العقد معه متعذرة، لأن العقد بزعمه باطل، فلا يكون قاصداً إلى عقد صحيح.

ويرده: أن الشرط لصحة العقد لقصد إليه من حيث كونه صحيحاً، للقطع بصحة مبايعة من يكره صحة بيع الغائب من العامة - هذا النوع من البيوع، ولجواز المتعة بالمرأة من المحالفين.

والأصح: أنه إن قصد إلى العقد ولم يقصد إيقاعه باطلاً بصرح، ولا يلتفت إلى قول العبد.

قوله: (ولو ظهر استحقاق ما باعه المأذون بعد تلف الثمن في يده، رجع المشتري على السيد).

لأن العهدة عليه، فإن العبد لم يقبضه إلا لسيد، ويده يد ضمان.

قوله: (ولا يقبل إقرار غير المأذون بمال ولا حد).

في بعض النسخ: (بمال لا حد) بغير واو، وكلاهما غير حسن، لأن نفي قبول الحد مياتي في كلامه، فليس نسخة ولا حد يلزم التكرار، ولا فائدة في التقييد للمال كونه لأحد، بل بضر، لأن المال المقر به لنحو المسجد والبقعة أيضاً لا يقبل، فالتقييد يمنع العموم.

قوله: (وهل يتعلق بذمته؟ نظر).

ولا يقبل قرار المأذون وغيره بالجناية ، سواء أوجب قصاصاً أو مالاً ، ولا بالحد ، ولو صدقه المولى في ذلك فالأقرب النفوذ.

يشأ: من التردد في كونه مسبب أهية الإقرار، فصدقه لاغية كمبرة الصبي ، أو الرقية مائة من العود لحق العين ، وأحق الثامى ، للقطع بكونه كامل التصرف بولا حق المولى ، فلا تخرج بذلك عبارته عن الاعتبار، فتعد نفواً ، ولعموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم حائز» (١) ، ونعم مهم ، فيقبل إقراره بالاصفة إلى نفسه ، وحينئذ فيؤاخذ به بعد العتق.

قوله : ( ولا يقبل إقرار المأذون وغيره كالجناية ، سواء أوجب قصاصاً أو مالاً ).

لأن الأدل إنما تعلق بالتحاوة دون كعادها ، وإقرار العبد على نفسه إقرار على سيده فلا ينفع ، لكن يتبع به.

قوله : ( ولا بالحد ).

لما قلناه: من أنه إقرار على المولى ، وهو يتبع به ، بحيث يكون هذا من جملة لسبب لمثبت للحد ، حيث يعتبر تعدد الإقرار ؟ لا يبعد القول بذلك للعموم السابق ، نعم لو عدل عن الإقرار بعد العتق إلى تأويل أنه السقوط ، ذره للحد بالشبهة.

قوله : ( ولو صدقه المولى في ذلك ، فالأقرب النفوذ ).

وجه القرب: أن المانع إنما كان حق مولى وقد رآه بتصديقه. وبمقتضى ضميمتهما العدم ، لاحتمال سلب الأهلية ، ولأن المولى لا يملك ثبوت الحد والقصاص عليه. وليس بشيء ، لأن اثبت إقراره ، ومانع حق السيد رآه بتصديقه ، وقوله : ( في ذلك ) إشارة إلى ما سبق من الحد والقصاص.

### الفصل الرابع : في المريض :

ويحجر على المريض في السرعات كالهبة، والوقف، والصدقة، والمخاباة، فلا تمضي إلا من ثلث تركته وإن كانت منجزة على رأي، بشرط موته في ذلك لمرض، وإقراره كذلك إن كان متهماً، وإلا فن الأصل، سواء كان لأجنبي أو لوارث على رأي.

قوله : (ويحجر على المريض في السرعات، كالهبة والصدقة والوقف والمخاباة).

الحداثة: مفاعلة من الحيوة، وهي: لطفية، والمراد: أن يبيع بأقل من القيمة، أو يشتري بأزيد منها، فإن ذلك يعطاه للرائد.

قوله : (وإن كانت منجزة على رأي، بشرط موته في ذلك المرض).

هذا هو الأصح، عملاً بصحيح لأخبار<sup>(١)</sup>، ولو برئ من مرضه ذلك ثم مات تعدت إجماعاً.

قوله : (وإقراره كذلك إن كان متهماً، وإلا فن الأصل، سواء كان لأجنبي أو وارث على رأي).

هذا أحد الأقول، وورؤه أقوال حرج، وما احتدره هنا هو اختيار نجم الدين في لشرائع<sup>(٢)</sup>، وهو الأصح، عملاً بالخبر ومحاطة على حق الوارث، ففيه جمع بين الحقين. والمرد تهمته: أن تشهد قرينة بكذبه في إقراره، ولو كان عدلاً مأموناً تجبه مع التهمة، لأن الدلالة تمنع من ارتكاب المحرم في تضييع حق الوارث حيث لا يجوز.

(١) الكافي ٧ : ٨ حديث ١٠، العقيه ٤ : ١٤٩ حديث ٥١٧، ٥١٨، التهذيب ٩ : ١٨٦، ١٨٨ حديث

٧٤٨، ٧٥١، ٧٥٥، الامتصار ٤ : ٢٢٩ حديث ٣٦٢

(٢) شرائع الاسلام ٣ : ١٥٢.

وإذا مات حل ما عليه من ديون دون ماله على رأي، والأقرب إلحاق مال السلم والجناية به،

قوله: (وإذا مات حل ما عليه من ديون، دون ماله على رأي).

أما الأول فجماع، وأما الثاني فلانتفاء الدليل، وتمسك الشيخ<sup>(١)</sup> وجماعة<sup>(٢)</sup> على أن ماله يحل أيضاً برواية أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام<sup>(٣)</sup>، وفيه ضعف، والأصح العدم.

قوله: (والأقرب إلحاق مال السلم والجناية به).

وجه القرب: أنها من جملة الديون التي عليه، كبحلان بالموت كغيرهما، عملاً بعموم النص. ويحتمل العدم، لأن الأجل في السلم جزء من الموض، فهو حل مال السلم بالموت لزم بقضاء الموض، وهو باطل، لانتفاء العمل بمقتضى العقد على ذلك التقدير.

وكذا القول في مال الجناية - أعني دية - فإن الأحل فيها بتعيين الشارع، فبدونه لا يكون دية. ويضعف بأن دية حق أسقطه الشارع بعد ثبوته بالمعاوضة وصرح الدية، ودليل السقوط النص يدل بعمومه على الحل<sup>(٤)</sup>، فما ذكر اجتهاد في مقابل النص.

لا يقل: تعارض عمومان، أعني: عموم حلول الديون، وعموم تأجيل الدية ومال السلم، فيتساقطان ويرجع إلى الأحل.

لأننا نقول: ليسا عاقين، بل عام وخاص، فإن المردين من الديون أخص من مطلق الديون<sup>(٥)</sup>، ولو تم ذلك لكان طريقاً إلى بقاء الأجل في كل فرد من أفراد الديون، والأصح حلوها كغيرها.

(١) في النهاية: ٣١٠.

(٢) مبهم: أبو الصلاح في الكافي في الفقه: ٣٣٣، ومحرر العققين في إصباح العوائد ٢: ٦١.

(٣) الكافي ٥: ٩٩ حديث ١، لقيه ٣: ١١٦ حديث ٤٩٦، التهذيب ٦: ١٩٠ حديث ٤١٧.

(٤) الكافي ٥: ٩٩ حديث ١، لقيه ٣: ١١٦ حديث ٤٩٦، التهذيب ٦: ١٩٠ حديث ٤١٧.

(٥) في «م»: فإن المردين من الديون مطلقاً.



فلا يحل لمؤجل بالحجر.

واديون المتوفى متعلقة بتركته، وهل هو كتعلق الأرض برقة الجاني،  
أو كتعلق الدين بالرهن؟ احتمال.

واعلم: أن الضمير في قوله: (به) راجع إلى ما في قوله: (ما عليه من الدين).

قوله: (ولا يحل المؤجل بالحجر).

لعدم دليل، والقياس لا يقول به.

قوله: (واديون المتوفى متعلقة بتركته، وهل هو كتعلق الأرض برقة الجاني، أو كتعلق الدين بالرهن؟ احتمال).

لا شك أن دين المتوفى يتعلق بعد موته بتركته، لا بمصدر جهة الأداء فيها، لكن هل تعلقه بها تعلق الأرض برقة الجاني، أو الدين بالرهن؟ كل محتمل.

وجه الأول: أن الدين يسقط متصف التركة من غير تصريح من الوارث، ولا يلزمه الضمان، كما لا يلزم ضمان لأرض المولى لو تلف اجباني لا من قبله. وفيه نظر، وإن الدين لا يسقط من دمة المتوفى، بخلاف الأرض، فإنه يسقط بتصف الجاني، ويهدم ببقائه في دمة الجاني، فيستويان في تعدد الاستيفاء في الدنيا، وأيضاً فتعلقه بالتركة لا باختيار المالك، كما أن تعلق الأرض برقة الجاني كذلك. وأيضاً فإنه ليس للمدين إلا أقل الأمور من الدين والتركة، كما أن المجني عليه ليس له إلا أقل الأمور من الأرض وقيمة الجاني، وليس الرهن كذلك في شيء من الأمور المذكورة.

وجه الثاني: أنه يجب دين في دمة المالك الحر وهذا يستقيم إذا قلنا: أن التركة باقية على حكم مال الميت مدام لدين لم يقض، وبوقتنا: أن وجه الشبهة أن ثبوت هذا تعليق ناشئ عن دين سابق في دمة من كان مالكاً استقام مطلقاً، ولسقوط الدين هنا من دمة المديون بالأداء، وليس أرض الجناية كذلك في شيء منها، وإنما المساوي في ذلك دين الرهن.

ويظهر الخلاف فيما لو أعتق الوارث أو باع، نفذ على الأول دون الثاني.

ويصنعان: بأن مشاهة الدين المتعلق - لتركته لكل من الأرض ودين الرهن، يقتضي أن لا يكون من قبيل واحد منها. وأيضاً فإن مجرد المشاركة في شيء من الصفات لا يقتضي المساواة في الماهية ليشتركا في باقي الأحكام. والأصح أن هذا تعلق مستقل برأسه ليس من قبيل واحد منها.

قوله: (ويظهر الخلاف فيما لو أعتق وارث أو باع، نفذ على الأول دون الثاني).

أثر خلاف لا يظهر في الأحكام المشتركة بين الرهن والجاني اللاحقة لها باعتبار تعلق الدين والحماية، وإنما يظهر في الأحكام التي احتلما فيها، فهو تصرف الوارث في الركة ببيع أو إعتاق أو هبة أو رهن وبحود ذلك، ابتنى الحكم بالعمود وعدمه على لقول.

فإن قلنا: إن التعلق بها كالتعلق في أرض الحماية، صححت التصرفات من وارث، وتحمم عليه أداء الدين إن ساوى شركة أو نقص، كما في الجدي خطأ، فإن تصرف بولي فيه نافذ قطعاً، ويلزمه نفس الأمرين من الأرض والقيمة.

وإن قلنا: إن التعلق بها كالتعلق في دين الرهن، لم ينفذ شيء من ذلك، كما لا ينفذ تصرف الراهن في الرهن، بل يقع موقوفاً.

وعلى ما حترناه من أنه تعلق برأسه بحتم العمود، تمسكاً بأصالة الصحة، وأصالة عدم نوع الحجر إلى مرتبة لا يكون التصرف معتبراً، ولأن في القول بالصحة حملاً بين الحقيق. ويحتمل عدمه، لاستفاء فائدة التعلق بدونه، ولأداء النفوذ إلى صياح الدين، وأيضاً ولا أصل لتعلق يقتضي ثبوت حق سلطنة للمدين، ومع اجتماع الحقيق لشخصين لا ينفذ تصرف أحدهما.

ولكل صميم، فإن فائدة التعلق تحتم الأداء على الوارث إن تصرف، والتسلط على الفسخ إن لم يؤد، ويمنع صياح مع عمود، وثبوت أصل السلطة لا يستلزم المع كلاً، لانتقاضه بالأرض المتعلق بالخصي، وحزناً لا يفيد.

والتحقيق: أن القول بالنفوذ أقوى.

وهل يشترط استغراق الدين؟ إشكال، أقربه ذلك، فينفذ  
تصرف الولي في الزائد عن الدين،

قوله: (وهل يشترط استغراق الدين؟ إشكال، أقربه ذلك).

أي: هل يشترط -تعمد الدين بكن التركة- استغراق إياها، بأن يكون  
بقدرها أو أزيد -حتى لو كان أقصى منها لم يتعلق إلا بقدره- أم لا يشترط ذلك،  
فيتعلق الدين القليل جداً بجميع التركة، وإن تجاوزت الحد في الكثرة؟ إشكال،  
أقربه ذلك، حذف الشرط ~~المذكورة~~.

ومنشأ الإشكال: من أن الحاجر إما وقع لأجل أداء الدين، وحدث  
يتحقق بقدره فيحتسب الحصر بقدره، وهذا هو وجه القرب، ومن أنه لا أولوية  
لبعض عن بعض في اختصاص يتعلق به، ولأن الأداء لا يقطع بكونه حدث  
العض، لجوار التلف، ولظاهر قوله تعالى: (من بعد وصية يوصي بها أو دين) (١)  
ولأنه لما خرج الميت من صلاحية استقرار الدين بذمته، وجب أن يتعلق بكن ما  
يمكن أدائه من أمواله، لأن حدوث تعاقبه ببعض آخر عند تلف بعض معلوم  
انتفاؤه، والأصح أنه لا يشترط ذلك، فيتعلق بالجميع مطلقاً.

قوله: (فينفذ تصرف الولي في الزائد عن الدين).

هذا تفريع على الأقرب، وهو: اشتراط الاستغراق، وعلى أن يتعلق الدين  
بالتركة كتعلق الدين بالرهن، إذ لو كان تفريعاً على أنه كتعلق الأرض بالجاني  
لكانت التصرفات نافذة مطلقاً.

وإراد به (الولي) المستحق للتركة، فإنه وليها وهو لورث، والمعنى: أنه  
إذا كان الدين أقل من التركة بكون تعلقه بمقداره من التركة، ويبقى الباقي طاقاً  
لا حرج على الوارث فيه، فينفذ تصرفه فيه.

ونشاء على ما اخترناه، لو قلنا بأن تعلق الدين بالتركة كتعلقه بالرهن، لم  
ينفذ في شيء منها، لتعلقه بجميعها وثبوت المنع.

فإن تلف الباقي قبل القضاء ضمن وارث، وإن أعسر فالوجه أن للمدين الفسخ.

وعلى القول ببطلان تصرف الوارث لو لم يكن في التركة دين ظاهر فتصرف، ثم ظهر دين، بأن كان قد باع متعاً وأكل ثمنه فرد بالغيب، أو تردى في بئر حفرها عدواناً، أو سرت جنايته بعد موته احتمال فساد تصرفه لتقدم سبب الدين فأشبه الدين المقارن، وعدمه، فإن أدى الوارث الدين، وإلا فسخ التصرف.

**قوله: (فإن تلف الباقي قبل القضاء ضمن الوارث).**

هذا تفريع على ما سبق أيضاً فإنه في موضع يكون الدين اقل، إذا تصرف الوارث بما زاد، ثم تلف الباقي قبل قضاء الدين، يخص الوارث الدين لأن ذلك السخص الذي تصرف فيه الوارث متعين للقضاء لو بقي، فحيث تصرف فيه الوارث وإنما يستقر استحقاقه إياه بعد القضاء. تعين عليه ضمانه، وهذا دليل على أن التعلق بجميع التركة، وإلا فكيف يتمتع بما يتمتع حدوث تعلقه به، ليجب بدله، حيث تغذر؟

**قوله: (فإن أعسر فالوجه أن للمدين الفسخ).**

وجهه: أن تصرفه إما جاز بشرط الأداء ولم يحصل. وبمقتضى العدم، لثبوت الاداء في التصرف، وقد امتنع التعلق به، خروجاً عن المثلث، ودخوله في ملك آخر. والحق لقطع بالأول، وهذا دليل على تعلق الدين بجميع التركة وإن قال.

**قوله: (وعلى القول ببطلان تصرف الوارث لو لم يكن في التركة**

دين ظاهر، فتصرف الوارث ثم ظهر دين، بأن كان قد باع متعاً وأكل ثمنه فرد بالغيب، أو تردى في بئر حفرها عدواناً أو سرت جنايته بعد موته، احتمال فساد التصرف، لتقدم سبب الدين، فأشبه الدين المقارن، وعدمه، فإن أدى الوارث الدين وإلا فسخ التصرف).

هذا تفريع على القول ببطلان تصرف الوارث، بناء على أن تعلق دين بالتركة كتعلقه بالرهن، وبينه أنه: (ولم يكن في التركة دين ظاهر) لو سك عن قوله: (ظاهر) لكان أولى، إذ ليس في هذا الفرض دين ظاهر ولا خفي.

(فتصرف الوارث ثم طهر دين) لو قال بدله: ثم حدث لكان أولى، ما قلنا من أنه لم يكن هناك دين، ويتحقق ذلك. بأن يكون المبت قد باع متاعاً وأكل ثمنه، إذ لو كان ثمنه موجوداً لوجب رده عليه عند المسح، ولا يحتاج إلى تقييده بكون المبت قد أكل الثمن، بل يكفي تصرف الوارث في الجميع أيضاً، فإنه يجبيء فيه ذلك أيضاً، ثم بعد ذلك رده بالعيب أساساً، حدوث العلم به حينئذ، وبأن يكون المبت قد حرم بشراً عدواناً فترة من مئة فيها بعد الموت، وتصرف الوارث في التركة، وبأن يكون قد سلب حيازة ووداها، ثم بعد الموت والتصرف سرت إلى النفس مثلاً، فإنه حينئذ يحتمل فساد التصرف، لتقدم سب الدين، فيكون ذلك بمرحلة تقدم الدين، فيكون كالدين المفارق في بطلان التصرف في التركة معه.

ويضعف: بأن تقدم سبب لا يقتضي تقدم المسبب، والمسح من التصرف بما هو مع وجود الدين، لا حدوثه، لسبق وجود سببه. ويحتمل عدم الفساد، لعدم: (أوهو بالعقود)<sup>(١)</sup> ولتعلق حق ثالث بالمبيع حين لم يكن حق آخر، ولا مانع من صحة التعلق، بإبطاله يحتاج إلى دليل، وهو منتف، وهو الأصح. فعلى هذا إن أدى الوارث الدين فلا بحث، وإلا فسح المدين التصرف، توصلاً إلى أخذ دينه من تركة المنتفى.

واستحقيق: أنه قد كان هناك عهدة ودرك، حيث كان المبيع معيباً، والبئر المحصورة عدواناً، والجذية في محل السراية، وتلك العهدة كانت متعلقة بالذمة، فبعد الموت يمتنع بالمال.

وعلى كل حال فلو ارثت بمسك عين الشركة، وأداء الدين من خالص ماله.

وهل تتعلق حقوق الغرماء برواء شركة كالكسب، والنتاج، والثمرة؟ الأقرب المنع.

نعم لا يمكن أن يقال: إن إرثت بمسك من تصرف هو مجرد وجود العهدة، إذ لا دين، ومقتضى العهدة ثبوت تعلق لواجب الحادث بالشركة.

و علم أن قوله: (فإن أدى الإرث)، تعريض على الاحتمال الثاني، الذي أشار إليه بقوله: (وعدمه).

قوله: (وعلى كل حال فلو ارثت بمسك عين الشركة، وأداء الدين من خالص ماله).

أي: على كل من احتمال كون تعين الدين بالشركة كتعلق لأرش بالحاسي، واحتمال كون تعلقه كتعلق لدين برهن، لأن الشركة تستغل إن مسكه بالموت، فيتحير في جهات القضاء.

وبوقلنا سفائنا على حكم مال الميت، فتجبره في جهات القضاء ثابت، إذ لا يتصل إلى ملك الميت.

قوله: (وهل تتعلق حقوق الغرماء برواء الشركة، كالكسب والنتاج والثمرة؟ الأقرب المنع).

في بعض المسح: إشكال أقرب لمع، ومنشأ لأشكال: من ارتدد في انتقال الشركة إلى الوارث بالموت، ونقائده على ملك الميت.

ومنشأ التردد: أن الملك محتج بقوة غيره، والميت يتمتع بملكه، لانتفاء لوازم الملك عنه، من عدم ثبوت الرقابة عليه ونحوه، ولا يستقل إلى ملك الذيان قطعاً، فتعين انتقالها إلى ملك الوارث، ولأن مقتضى تمتك الوارث - وهو الموت - موجود، والمانع ليس إلا تعلق الدين بالشركة، وهو لا يصلح للمانع، لعدم المنافاة، وإن كان

وتحتسب من تركه الدية في الخطأ والعمد إن قبلها الوارث، ولا يلزمه ذلك وإن لم يضمن الدين على رأي.

### الفصل الخامس: المفلس، وفيه مطالب:

الأول: المفلس لغة: من ذهب جيد ماله وبقي رديه، وصار ماله فلوساً وزيوفاً.

مفهوم الآية الشريفة<sup>(١)</sup> يدل على عدم الانتقال إلا بعد أداء الدين والوصية، لكن المفهوم ضعيف، لأنه مفهوم المجاعة، ويجيء على القول بأن تعلق الدين بالتركة كتعلقه بالرهن، وأن الدين يتعلق برواثة المرهون تعلقه برواثة التركة، وكيف كان فالأصح ما قرره المصنف.

قوله: (وتحتسب من تركه الدية في الخطأ والعمد إن قبلها الوارث).

هذا شرط للعمد، إذ لا تثبت الدية في لعمد إلا بقول لوارث.

قوله: (ولا يلزمه ذلك وإن لم يضمن الدين على رأي).

قال الشيخ: لا يستلزم سائر القود إلا بعد صمد الدين<sup>(٢)</sup>، وهو ضعيف، والفتوى على ما هنا.

قوله: (المفلس من ذهب جيد ماله وبقي رديه، وصار ماله فلوساً وزيوفاً).

هذا تعريف لغة، تدبر قوله بعد (وشرعاً)، يقال: مفلس ومفلس من أفلس: إذا لم يبق له مال، كأنه صارت دراهمه فلوساً، أو صار بحيث يقال له: ليس معك فلس. وقيل: بقضي نفساً: حكم بالفلاسه. والدرهم الزیوف هي الدراهم المغشوشة.

وشرعاً: من عليه ديون ولا مال له يفي بها، وهو شامل لمن قصر ماله، ومن لا مال له، فيحجر عليه في المتعدد باحتطاب وشبهه.  
والفلس سبب في الحجر بشروط خمسة: المديونية، وثبوت الدين عند الحاكم، وحلولها، وقصور ما في يده عنها،

قوله: (وشرعاً: من عليه ديون ولا مال له يفي بها).  
هذا<sup>(١)</sup> التعريف صادق على الصبي إذا استدان له الولي إلى هذه المرتبة، وكذا السفيه، وكذا المديون كذلك قبل الحجر، مع أن واحداً من هؤلاء لا يعد مفسداً شرعاً، إذ التفليس إنما يكون بحكم الحاكم، والحجر بالفلس لا يثبت إلا بحكم الحاكم إجماعاً.  
قوله: (وهو شامل لمن قصر ماله ومن لا ماله) فيحجر عليه في المتعدد باحتطاب وشبهه).

أي: يندرج في التعريف المذكور من لا مال له أصلاً، إذ يصدق عليه لا مال له يفي بديونه، لأن السالبة لا تستدعي وجود الموضوع.  
وقوله: (فيحجر عليه في المتعدد) كونه جواب عن سؤال تقديره: إذا لم يكن له مال، فهي ماذا يكون الحجر؟

وجوابه: أن الحجر في المتعدد من أموره الحاصلة بمعاملة وغيرها، وهذا يدل على أن معنى الفلس شرعاً لا يتحقق إلا بالحجر من الحاكم.  
قوله: (والفلس سبب في الحجر بشروط خمسة).

أي: ثبوت الفلس بالمضى السابق - وهو حصول الدين وعدم ما يفي به - سبب في ثبوت استحقاق الحجر، لكن مع رعاية شروط خمسة.  
قوله: (وقصور ما في يده عنها).

فلو لم يقصر لم يحجر عليه إجماعاً مثلاً، سوء طهرت عليه امارات الفلس،

(١) في «م»: لو قال: من عليه لكان اشمل، وهذا....



والتماس الغرماء الحجر أو بعضه، وتحتسب من جملة ماله معوضات الديون.  
ولو حجر الحاكم تسرعاً لظهور اشارة الفلّس، أو لسؤال المديون م  
ينفذ،

مثل أن تكون نفقته من رأس ماله لا من حرفة ونحوها أولاً، خلافاً للشافعي<sup>(١)</sup>  
في الأول، وإنما يؤمر بأداء الدين مع طلب لغرماء، فإن ما ظل تحجر الحاكم من  
حبسه والبيع عليه.

قوله: (والتماس لغرماء الحجر أو بعضهم).

إنما يحجر مع التماس البعض إذا كان ديون ذلك البعض لا يفي ماله بها  
كما سيأتي، لانقضاء بعض الشروط أو في بها، لأن دين غير المستمسك ليس  
للحاكم الحجر لأجله، فهو بالنسبة إلى حجر بمرة المعلوم. وقرب في التذكرة  
جواز الحجر، وإن انتفى، ولا ينتظر التماس الباقي، لئلا يصعب على التماس  
ماله<sup>(٢)</sup>، وهو محتمل، وعموم الحجر للجميع - على ما سيأتي في كلامه - لا يكاد  
يتخرج إلا على هذا الوجه، وفي هذا الوجه قرب.

قوله: (وتحتسب من جملة ماله معوضات الديون).

المراد بمعوضات لديون: لأشياء التي تمكنها بعوض وكان عوضها ديباً  
في ذمته، ووجهه: أنها مملوكة له وإن كان أرباب بالخيار بين الرجوع فيها وعدمه،  
ولا يخرج عن الملك إلا بالرجوع، وكما تحتسب هذه من جملة ماله، فكذا الدين  
الذي هو عوضها محسوب من جملة ديونه، وعند بعض العامة<sup>(٣)</sup> لا يحتسب من  
أمواله، فيعتبر في الحجر قصور ما عداها من أموالها سوى الدين الذي عليها.  
واعلم: أنّ الضمير في قوله: (من جملة ماله) يرجع إلى (المديون) الذي  
يريد تعلق الحجر به، وإن كانت العبارة لم تشتمل عليه صريحاً، بل سباقها  
يقتضي خلافه.

(١) كفاية الأحبار ١: ١٦٦.

(٢) التذكرة ٢: ٥٢.

(٣) كفاية الأخيار ١: ١٦٦.

نعم يحجر الحاكم لديون المجانين والايتام دون الغيابة.

ولو كان بعض الديون مؤجلاً، وب كانت الحالة يجوز الحجر بها  
حجر مع سؤال أربابها، وإلا فلا. ثم يقسم في أرباب الحالة خاصة، ولا  
يدخر للمؤجلة شيء، ولا يدام الحجر عليه لأربابها كما لا يحجر بها ابتداء.  
أما لو سأل بعض أرباب لديون، الحالة حجر عليه إن كان ذلك  
البعض يجوز الحجر به، ثم نعم الحجر الجميع.

ولو ساوى المال الديون، والمديون كسوب يتفق من كسبه فلا  
حجر، بل يكلف القضاء، فإن امتنع حبسه الحاكم أو باع عليه.

قوله : (نعم يحجر الحاكم لديون المجانين والايتام).

وكذا السهلاء، لكن بشرط ثبوت ولاية عليهم للحاكم، فانه يتولاه  
لمصلحتهم، ولو كانت الولاية للأب أو الجد أو الوصي لم يكن له الحجر حينئذ،  
إذ ليس له المطالبة.

قوله : (دون الغيابة).

لأن الحاكم لا يستوفي ما للغيابة في ندم، بل يحفظ أعيان أموالهم.  
قوله : (ولو كان بعض الديون مؤجلاً) إلى قوله : (ولا يدخر  
للمؤجلة شيء، ولا يدام الحجر عليه لأربابها كما لا يحجر بها ابتداء).  
لعدم استحقاق المطالبة حينئذ.

قوله : (ثم نعم الحجر الجميع).

لثبوت الديون كلها، واستحقاق المدة للجميع، فلا يختص بأمواله من  
اختص بالقدس، ومن ثم نوطهر عريم سابق على الحجر شارك.

قوله : (ولو ساوى المال لديون - إلى قوله : - حبسه الحاكم أو باع

عليه).

غيراً في الأمرين، خلافاً لأبي حنيفة<sup>(١)</sup> في البيع.

وكذا غير الكسوف الى أن يقصر المال وإن قلّ التفاوت.

ويستحب اظهار الحجر لثلاث يستنصر معاملوه.

ثم للحجر أحكام أربعة: منعه من التصرف، وبيع ماله للقسمة، والاختصاص، والحبس.

**المطلب الثاني:** في المنع من التصرف: ويمنع من كل تصرف مبتدأ في المال الموجود عند الحجر، بعوض أو غيره، سوى العوض أو زاد أو قصر. ولا يجمع مما لا يصادف المال كالنكاح، والطلاق، واستيفاء

قوله: (وكذا غير الكسوف إلى أن يقصر المال وإن قلّ التفاوت).

أي: وكذا غير الكسوف لا يحجر عنه إلى أن يقصر المال، فيحجر عليه عند القصور وإن قلّ التفاوت لأقبيه، خلافاً لشافعية<sup>(١)</sup>.

قوله: (ويمنع من كل تصرف مبتدأ في المال الموجود عند الحجر بعوض أو غيره سوى العوض أو زاد أو قصر).

احترر بالتصرف ابتداء عن الصبح بالعب والخييار الكثر وبحود ذلك، فإنه لا يجمع من هذا النوع من تصرف، لكن سيأتي أن المحر لا يختص المال الموجود عند الحجر، بل يعم المتحدد.

ويمكن أن يحسن اطراف، وهو: (عند) متعلقاً بكل من (تصرف) و(الموجود) ليحسن كونه احترازاً عن التدبير والوصية. والجاري قوله: (بعوض أو غيره) يتعلق بـ (تصرف) ولا يتصوب الحاب بزيادة العوض وعدمها، لتحقيق الحجر مع الجميع.

قوله: (ولا يجمع مما لا يصادف المال، كالنكاح والطلاق).

أما الطلاق فواضح، فإن المحر لم يتناول كل تصرف، بل التصرف في المال الموجود والمتحدد، وأما سكح، فلأن صداق إذا كان في النمة لم يصادف

القصاص، والعنف، واستلحاق النسب وفيه باللعان، والخنوع، وكذا ما يصادف المال بالتحصيل كالاختطاب، والتهاب، وقبول الوصية، ولا ما يصادف المال بالاتلاف بعد الموت كالتدين، والوصية إذ لا ضرر فيه على الغرماء.

أما لو صادف المال في الحال، فإن كان مورده عين ما كالبيع، والهبة، والرهن، والعق، احتمل البطلان من رأس، والايقاف. فإن

التصرف الما الموجود عند الحجر [وأما مؤنة سكاح] <sup>(١)</sup> سيأتي إن شاء الله تعالى بيان موضعها.

قوله: (والخلع).

أي. لا يبيع منه لكن هذا المحجور عليه بالقلس رجلاً، فلو كان امرأة مع. قوله: (وكذا ما يصادف المال بالتحصيل، كالاختطاب والتهاب وقبول الوصية).

أي: وكذا لا يبيع من هذا النوع من تصرف، لأن في ذلك جلب مال للغرماء، فكيف يمنع منه؟

قوله: (ولا ما يصادف المال بالاتلاف بعد الموت، كالتدين والوصية).

لا يثبت أن التدبير إما وصية أو في معنى لوصية، وهي إما تكون بعد أداء الدين، فلا يكون منافاة أصلاً، وعبرة المعسر معتبرة فيما لا يكون مصادفاً بمال وقت الحجر من التصرفات.

قوله: (إذ لا ضرر فيه على الغرماء).

هذا تعيين للمذكور في حرف قوله، ولا يبيع مما لا يصادف له... قوله: (أما لو صادف المال في الحال، فإن كان مورده عين مال، كالبيع والهبة والرهن والعق، احتمل بطلان من رأس ولا يقف، فإن

(١) في «م» و«ق» ومونه، وما أنشده من مخرج بكرهه ٥ ٣١٦ عن جامع المقاصد

فضل تلك لعين من الدين لا ارتفاع القيمة، أو لإبراء، أو غيرهما بفضد.

فضلت تلك لعين من الدين لا ارتفاع القيمة أو الإبراء أو غيرهما بفضد.

هذا تفصيل لحال التصرفات المصادفة بمال حالاً، بعذر كونه ممنوعاً

منها.

وحاصله: أنه لو تصرف في المال، وما أن يكون مورده عين مال من

أمواله أو دمه، فإن كان الأول كالبيع لشيء من أعيان أمواله و هبة والعق.

ففيه احتمالان:

أحدهما: بطلان تصرف من رأسه، لأنه ممنوع منه على وجه سلب

أهليته، وكانت عبارته كسائر العبيد، فيمنع تصرفه باطلاً، وفيه نظر، لأن منعه

على هذا الوجه غير ظاهر، إذ مطلق المنع والحجز لا يستلزم ذلك، وليس هناك

شيء يحصره بخصه.

فإن قل: قول الحكم: ححررت عليك، معناه: منعك من التصرفات،

ولا معنى للمنع منها إلا تعذر وقوعها منه.

قيل: الممنوع منه بما هو تصرف له في حق الغرماء، وذلك هو المقادير،

أما غيره فلا دليل عليه، فليست وقوعه هو ما أفاد دون ما سواه، على أن المحرور

اقتضى المنع المذكور لسقط به اعتبار عبارة لخصه، مع أنه لو باع فأحذر الولي بفضد،

فيجب أن يكون الحكم هنا كذلك بصريح أولى، فإذا أحذر الغرماء ذلك

التصرف حكم بعمومه.

واشائي: حمله موقوفاً إلى انفصال أمر الديون، فإن صرف الجميع في

الدين فلا بحث في البطلان، وإن فصل شيء فبحمل تلك عين التي تعلق بها

التصرف.

وتصور كون الشيء فاصلاً: بارتفاع القيمة السوقية، وإبراء بعض

الغرماء من حقه، وبغيرهما: كتحدد ما، وموت بعض الغرماء فورته المدين.

ووجهه: أنه لا يعصر عن تصرف في ما غيره، فيكون كالعضوي، مع

فحينئذ يجب تأخير ما تصرف فيه، فإن قصر الباقي أبطل الأضعف كالرهن، والهبة، ثم البيع والكتابة، ثم العتق،

ببقاء مسكه إلى حين الأداء إلى العرماء، وببعضه صاهر قوله تعالى: (أو فوا بالعقود)<sup>(١)</sup>، (الأن تكون تحارة عن تراضر)<sup>(٢)</sup>، (وأحل الله البيع)<sup>(٣)</sup> وأمثال ذلك من عمومات الكتاب والسنة، وفي هذا قوة.

واعلم: أن تقسيم ما صادف المال في الحال من التصرف إلى: ما مورده العين، وما مورده الذمة غير مستقيم، إذ مورد القسمة غير مشترك بين القسمين، فإن ما مورده الذمة ليس مصادفاً للمال في الحال قطعاً، فإن البيع يثمر في الذمة كالصداق في النكاح إذا كان في السعة، وأمثال هذين لا تعلق لهما بالمال الموحد عند الحبر، ولا يعد تصرفاً فيه كما لا يخفى، فلا تكون العبرة بمستقيمة.

قوله: (فحينئذ يجب تأخير ما تصرف فيه، فإن قصر الباقي بطل الأضعف كالرهن والهبة، ثم البيع والكتابة، ثم العتق).

أي: فحين حكنا بكون التصرف موقوفاً إلى أن ينظر هل تفضل العين التي تعلق التصرف بها أم لا. يجب تأخير ما تصرف فيه، فلا يساع ولا يسلم إلى الغرماء إلى أن لا يبقى غيره من أموال الممسك، فإن قصر ما سواه عن الودع وكان التصرف متعدداً بطل الأضعف، ثم ما يليه في ضعف.

وعلى هذا فلو اجتمعت من التصرفات الأنواع المذكورة، بطل لرهن والهبة، لأنها أضعف من الباقي، باعتبار حوز الرهن من جانب المرتهن، وكون الهبة موضوعة على الجواز، ثم البيع والكتابة، لأنها وإن كانتا لارمين من طرفين، إلا أن العتق لكونه في نظر الشارع على التعيب، ولهد كان من خواصه السراية، ولا يبعد على هذا أن يكون الوقف عملة العتق، لأن كلاً منهما لا يقل الفسخ،

(١) المائدة ١.

(٢) النساء ٢٩.

(٣) البقرة ٢٧٥.

وإن كان المورد في الذمة فيصح كما لو شترى في الذمة، أو باع مديماً، أو اقترض.

وليس للبائع الفسخ وإن كان جاهلاً، ويتعمق بالمتجدد

بحلاف باقي العقود.

ويحتمل بطلان أحبر لتصرفات، ثم ما يليه إلى آخرها، كما في تصرفات المريض، ووجهه: أن المراحة إنما وقعت بين ديون الغرماء و لتصرف الأخير، فيكون السابق ماضياً لعدم ما يرفعه.

ويمكن انفرق بين تصرفات المريض وهذه؛ لأن المحرر على مريض إنما هو فيما راد على الثلث خاصة، فيصرف ناراً على الثلث هو الأخير، فيكون باطلاً دون ما سواه، بخلاف الفسخ، فإنه محصور عليه في الجميع، فلا يظهر فرق بين الأخير وغيره، لأن الجميع كالفضولي.

وإذا احتيج إلى بيع بعض الأعيان بقي تعاقبها التصرف، أمكن أن يقال: إن جميع التصرفات موقوفة، ولا بد من إبطال بعضها، ولا أولوية لبعض على غيره شيء من الاعتبارات المذكورين، فإن المتقدم والمتأخر سواء في كونهما موقوفين، والضعيف والقوي سواء في كونهما غير نافذين.

نعم لما لم يتصور في العتق أن يكون موقوفاً، حكماً بكونه مراعى، وحقه أن يكون نافذاً.

والتحقيق: أنا إن قلنا: أن الإجارة في الفضولي كاشفة لادالة، كانت جميع التصرفات مراعاة، فظهر للتقدم أثر حيث، وحيث أنا رتبه هذا القول في سبق، كان هذا الاحتمار لأخبر أقوى، وبه مال في التذكرة<sup>(١)</sup> فعلى هذا لو وقعت التصرفات دفعة واحدة، حتمت انقراة والإبطال في الجميع.

قوله: (وإن كان المورد في الذمة فيصح، كما لو اشترى في الذمة أو باع مديماً أو اقترض، وليس للبائع الفسخ وإن كان جاهلاً).

- كالقرض، والمبيع، والمتهب، وغيرها - الحجر.

ولو باعه عبداً بثمن في ذمته بشرط الاعتاق، فإن أبطلنا التصرفات فالأقوى بطلان البيع، وإلا حاز العتق ويكون موقوفاً، فإن قصر المال احتمل صرفه في الدين، لا رجوعه إلى لبائع، والأقوى صحة عتقه في الحال.

وقال: وإن كان المورد الدعة كـ أنصح، وقوله: (وليس للسائح الفسخ) يريد به: ولا للمشتري سلباً ولا للمقرض، وبه على حكم غيره، وإنما لم يكن له مسح مع جهله، لأنه فرط بإقدامه عن معاملة من لم يعلم حاله، فكان كإراضي بعيره وبسره.

ولأصل في العقد المخلوك، يحكم بتسلط على المصح والاحراج من الملك، إلا بدليل شرعي، ونسحق حقوق القرماء على دخل في ملكه، فلا يصح إبطاله.

ويعلم هذا من قوله (ويتعلق بالمتحدد - كالقرض والمبيع والمتهب وغيرها - الحجر) لأنها أموال للمفلس، وقد حكم الحاكم بتعلق الديون بأمواله، والحجر عليه بها، وهذا هو أصح الوجهين، ولا حرج عدم التعلق به، لأن الحجر معناه مع المفلس عن التصرف فيما يملكه، فلا يبعدى إلى غيره. ويصنف: بأن فائدة الحجر إيصال حقوق المستحقين إليهم، فثبتت في جميع أمواله إلى زمان فكه.

قوله: (ولو باعه عبداً بثمن في ذمته بشرط الإعتاق، فإن أبطلنا التصرفات فالأقوى بطلان البيع، وإلا حاز العتق ويكون موقوفاً، فإن قصر المال احتمل صرفه في الدين لا رجوعه إلى لبائع، والأقوى صحة عتقه في الحال).

هذا باع نافع المفلس عبداً بثمن في ذمته، وشرط في لباع أن يعتقه، يبي صحة البيع المذكور عن أن تصرفاته المصادقة للمال لوجوده عند الحجر هل هي باطلة أو موقوفة؟



فإن قلنا بالبطلان، كان الأقوى هنا القول ببطلان البيع، لأن الشرط الواقع فيه مخالف لحكم سنة، حيث أنه اقتضى التصرف في أمان الموجود حين الحرج، فإن العبد على تقدير صحة بيع مال للمفلس، لانتقاله إلى ملكه، والحجر يتعلق بالمتحدد كغيره على ما سبق، فيكون باطلاً، فسقط البيع ببطلانه، لأن الشرط إذا بطل أطل، خصوصاً هذا، لأن عتاق العبد عرض مطلوب للبائع مقابل معوض، لأن الثمن حينئذ يكون أقل، فإذ كانت قد فاتت بعض الثمن، فتمسح الصحة، ويتخرج على أنه شرط إذا بطل لا يلزم بطلان العقد بقاؤه، فيمكن تسلط البائع على الفسخ حينئذ.

وفي هذا التصريح نظيره إذ لا يلزم من بطلان التصرفات في الأموال التي تتعلق بها حق عرماء، بطلان ما ليس كذلك، فهو بمنزلة ما إذا كان المورد الدعة، وهذا لم يعمد حقوق العرماء بالعمد على تقدير صحة البيع، لأن تعلق حقهم بالمتحدد إنما هو في المتحدد الذي لم يشترط في سبب انتقاله ما يمنع تعلق حق العرماء به، وهذا كذلك، لأن انتقال العبد مشروط في سبب العتق، وهو ما لا يتعلق حق العرماء به، وإلا لم يسعد، فيستفي المانع من صحة الشرط، فصح البيع، واختيار المصنف آخراً تنبيه على هذا.

وإن قلنا بكون التصرفات موقوفة صح لبيع، لانتفاء المانع حينئذ، وجاز العتق، على معنى أنه يكون موقوفاً، أي: مراعى، فإن فضل نقد العتق، وإن قصر المال احتتمل صرفه في الدين، لأنه مال للمفلس.

ويحتمل رجوعه إلى البائع لعقد شرط، فيتسلط على الفسخ، وإن كان المتبادر من عبارة الكتاب عدم مجيء هذا الاحتمال، ولا يخفى ضعف هذا لتفريع، كما حققناه.

فلذلك قال المصنف في آخر البحث: (والأقوى صحة عتقه في الحال) أي: الأقوى صحة البيع والعتق في الحال، ولا يبي ذلك على كون التصرفات

ولو وهب بشرط الثواب، ثم أفسس لم يكن له إسقاط الثوب.  
ولو أقر بدين سابق لزمه،

باطلة أو موقوفة، إذ ليس للمرماء في ذلك تعق أصلاً، وهذا هو الأصح.  
واعلم: أن نظم العبارة عبر حسن، لما يظهر من المدافعة بين كون الأقوى  
بطلان أبيح تفريراً على كونها موقوفة، وبين ما صرح به آخراً من أن الأقوى صحة  
البيع والسبق في الحال، فلو قال: احتمال بناء البطلان هذا، ووقوعه موقوفاً على  
القولين سبقين، والأقوى الصحة وحوار المعنى في الحل، لكان أحسن وتعد من  
الخلل في لمهم.

قوله: (ولو وهب بشرط ثواب لم يكن له إسقاط الثواب).  
لأنه دلّ ثبوت عليه فلا يكون له إسقاط، لأنه تصرف في المال بالإسقاط،  
فكون مجموعاً منه، وهذا بما يكون إذ كانت أهية قبل حجر، ولو شرط عنه في  
عقد لزمه رهن عين من أمواله، فهل هو كاش شرط ثواب؟ يحتمل ذلك.  
قوله: (ولو أقر بدين سابق لزمه).

في قولاً واحداً، لقوله عليه السلام: «إمرار العملاء على أنفسهم  
حائر»<sup>١</sup> وليس الاقرار كالإنشاء، حيث أن فيه قولاً بوقوعه باطلاً، ولا يبعد أصلاً  
ولا بعد الحجر، والإقرار لا شك في عبوده بعد الحجر، وفي عبوده حالاً إسكان،  
سأقي عن قريب لشيء الله تعالى.

ولصرف: أن مقصود الحجر مع من التصرف، فيسأله لعد لإنشاء  
لكونه صرفاً حديداً، وأم الاقرار فيه بخبر عن تصرفات سابقة لم يتعلق بها  
الحجر، ولم يقتض الحجر صلب أهية العبارة عن المحجور

(١) أحسن العناء في أن هذا القول حدث أم قاعدة؟ فالأصح: أن جميع المصدور في مختلف  
واضح الصواب، بأنه حديث عنهم عليهم السلام، وذلك لما ثبت من لفظه في الحديث، وأنه ليس بحدث،  
انظر لوسائيل ١٩: ١٣٣ باب ٣ حديث ٢، وعوالي الآتي ٣: ٤٤٢ حديث ٥، والمختلف ٤٤٣،  
والمصاح الفوائد ٢٨٠٢.

وهل ينفذ على الغرماء؟ إشكال، ينشأ: من تعلق حقهم بماله كالمرتن، ومن مساواة الاقرار للسنة ولا تهمة فيه.

ولو أسنده الى ما بعد الحجر، فإن قال: عن معاملة لزمه خاصة  
لا في حق الغرماء،

قوله: (وهل ينفذ على لغرماء؟ إشكال، ينشأ: من تعلق حقهم بماله كالمرتن، ومن مساواة الإقرار للسنة ولا تهمة فيه).

لا ريب أن تعلق حق الغرماء بالانقضاء أقوى من تعلق حق المرتن ما  
بما، لثبوت الحجرها بصريح حكم الحاكم، بخلافه هناك، فكما أن الرهن  
لو أقر بسن رهن العين لإحراز بيعه إليها لسمع في حق المرتن، فهذا كذلك  
نظرياً أولاً، ومع مساواة الإقرار للسنة في جميع الأحكام، والتهمة على الغرماء  
موجودة، لأنه يريد إسقاط حقهم.

وتحتمل أن ضرر الإقرار في حقه أكثر منه في حق الغرماء لأنه أثبت في  
دمته مالا للدين ولا يثبت أحد في ذمته مالا لشخص كدأ فرراً من أداء مال  
ثابت، فتنتهي التهمة - ضعيف، لإمكان الموصاة بينهما لقصد بصرار الغرماء بتأخير  
حقوقهم، ووقوع ذلك كثير، ولأصبح عدم العود عليهم.

قوله: (ولو أسنده إلى ما بعد الحجر، فإن قال: عن معاملة لزمه  
خاصة، لا في حق الغرماء).

أي. لو أسند الدين المقرره إلى ما بعد الحجر، أي: إلى سبب الحصول  
بعد الحجر، فلا يجوز إما أن يفوز: عن معاملة، أو يقول: عن إتلاف أو جناية، فإن  
قال: عن معاملة لزمه حكم الاقرار خاصة.

وعسر المراد من قوله: (خاصة) بقوله: (لا في حق الغرماء) وإنما لم ينفذ في  
حق الغرماء هو حرماً، لأن لمعاملة بوقعة بعد الحجر متى تمت بأعيان أمواله  
كانت باطلة أو موقوفة، فلا يكون الاقرار بها زائداً عليها.

وإن قال: عن تلاف مال أو جندية فكلسابق. وكذا الاشكال لو أقر بعين، لكن هنا مع القبول يستم إلى المقر له وإن قصر الباقي.

قوله: (وإن قال: عن إتلاف مال أو جندية فكلسابق).

هذا هو القسم الثاني، وهو: ما به تُرديد وأسنده إلى ما بعد الحجر وقال: أنه لزمه بتلاف مال أو بحماية، ولا شبهة في لزوم الإقرار له، لكن هل ينهض على الغرماء؟ فيه الإشكال (السبق)، وهو المذكور فيما لو أقر بدين سابق على الحجر، فإن في نفوذه على الغرماء إشكال<sup>(١)</sup>.

ومشأ الاشكال في الموصفين واحد، وإما عرق بين المماثلة (وبين الاتلاف والحماية، مع أن سبب الجمع بعد الحجر يقتضي لإقراره لأن المعاملة)<sup>(٢)</sup> لما كانت صادرة عن الاختيار والرصى من الجائزين، لزم الصبر بها إلى المك، وأما الحماية والاتلاف فإبها ثبنا عن جهة يقهر بغير رصى من المالك والمحمي عليه، ولهذا إذا ثبت الحماية والاتلاف، ثبت الصبر بموجبها مع الغرماء، وسيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى.

قوله: (وكذا الاشكال لو أقر بعين، لكن هنا مع القبول يسلم إلى المقر له وإن قصر الباقي).

أي: وكذا يحى الإشكال السابق فيما لو أقر المجلس بعين من أعيان الأموال التي بيده لشخص، والرايح هذا رايح هاء، إلا أنه هنا مع قبول الإقرار يسلم لعين إلى المقر له، ولا ينظر إلى كون باقي أموال المجلس قاصراً عن ديون الغرماء، لأن الصبر إنما هو للدين، وصاحب العين مختص بها.

إذا عرفت ذلك، ففي العبارة ملاحظة، فإن قوله: (وإن قصر الباقي) يقتضي ثبوت حكم تسليم العين إن لم يقصر الباقي وإن قصر على ما هو مقتضى

(١) ما بين قوسين لم يرد في «ق».

(٢) ما بين قوسين لم يرد في «م».

ولو كذبه المقر له قسمت، ومع عدم القبول إن فصلت دفعت إلى المقر له قطعاً، بخلاف مبيع وإن فيه إشكالاً.

العطف . (أن) الوصلية، وليس بمستقيم، إذ مع عدم القصور كيف يتصور صحة المحرر؟ ويمكن أن تجعل سوا حنة، أي: تسلم العين إلى المقر له، والحال قصر باقي الأموال عن حقوق الغرماء ما قصه، ولا يحق ما فيه.  
قوله: (ولو كذبه المقر له قسمت).

أي: لو كذب المقر له المحرر عليه في إقراره بكون العين له قسمت بين الغرماء، لتعلق حقوقهم بها سابقاً، وإخراجها عنهم إما كان مع صحة الاقرار ومع رد المقر له لا يكون الاقرار صحيحاً ولا يشكل بأن الاقرار على تفسير بعوده على الغرماء لا يبطل بردة المقر له وتكديبه، بل تخرج العين عن المقر، لا قرر وإن لم يتمتع مالكمها، فيكون مالا مجهول المالك، فكيف تعود إلى مقر وتنقسم بين الغرماء؟ وسيأتي في الاقرار إن شاء الله تعالى تحقيق حال الإقرار بدارته لمقر له.

قوله: (ومع عدم القبول إذا فصلت دفعت إلى المقر له قطعاً، بخلاف المبيع فإن فيه إشكالاً).

هذا معادن قوله: (لكن مع قبول) أي: ومع عدم قبول الاقرار بالعين - مع عدم بعوده على الغرماء - إذا فصلت العين عن الديون بارتفاع قيمة ونحو ذلك، دفعت إلى المقر له قطعاً غير إشكال، لأن إقرار المصلاء على أنفسهم حائز وإن لم يتعد على الغرماء بخلاف المبيع، فإن في دفعه إلى المشتري لو فضل عن ديون الغرماء إشكالاً، يشأ من تكفو احتمالي بطلان التصرفات الواقعة، بعد الحجر المصادف بمال، وكوبها موقوفة.

وقد بينا فيما مضى الفرق بين الأقرير والإنشاءات الصادرة من المفلس، حيث كانت الأولى لازمة له ونافذة عليه قطعاً، والثانية محل تردد بين البطلان والتفوذ عليه لو فصلت العين التي تعق التصرف الإنشائي بها، ولو قسمت بطل

وكذا الاشكال لو ادعى أجنبي شراء عين في يده منه قبل الحجر فصدقه.  
ولو قال: هذا مضاربة لغائب، قيل: يقر في يده.

جزماً، فلا حاجة إلى إعادته.

إذا تقرر هذا، فلو قسمت بين المقر، حيث ينهد الإقرار على الغرماء  
ولم تنف أمواله بديونه، وحب عيبه للمقر له قسمتها إن كانت قيمة ولا فاشها،  
لأداء دية بدل العير على قوله بأمر بشرع، فيرمة لعمام.

قوله: (وكذا الاشكال لو ادعى أجنبي شراء عين في يده منه قبل  
الحجر فصدقه).

أي: وكذا الاشكال في العودة على الغرماء وعلمه لو ادعى أجنبي شراء  
عين في يده لمفسر. وبمقتضى أن يراد كونه في يد الأجنبي منه، أي من المفسر،  
وفاعل لمفسر أعني. (شراء) محذوف، هو لأجنبي، فتتحصل صورة لا يختلف  
حكمها:

أ: أن يدعي أجنبي شراءه من المفسر عيباً في يد لمفسر فصدقه.

ب: أن يدعي الأجنبي شراءه من المفسر عيباً في يد الأجنبي فصدقه،  
فإن في نموذج ذلك على الغرماء الاشكال، أما العودة في حقه فلا إشكال فيه، وقد  
علم حكم ذلك ماضي.

قوله: (ولو قال: هذا مضاربة لغائب، قيل: يقر في يده).

القائل بذلك هو الشيخ في المبسوط، فإنه قال: يقر إقراره مع ائمين،  
فإذا حلف يقر في يده للغائب ولا تنق به لغيره. ويضعف بأن إقراره على  
الغرماء لا يسمع على لأصح، والائمين لا وجه له مع الإقرار ولا يشرع لاثبات مال  
الغير، والأصح أنه لا يسمع، ولو قبل بالسمع لم يصح إقراره في يده، إذ لأصل  
عدم كونه يده دون.

ولو قال: لحاضر وصدقه دفع إليه، وإلا قسم، ويصبر من باعه بعد الحجر بالثمن إن كان عالماً.

ويحتمل في الجاهل بالحجر انصرب، والاحتصاص بعين ماله، والصبر.

قوله: (ولو قال: لحاضر وصدقه دفع إليه، وإلا قسم).

أي: ولو قال هذا مصارعة لحاضر وصدقه نعد على لعراء ودفع إليه. وفيه الاشكال السابق في قبول إقراره على لعراء، ولأصح عدم القول. وإن لم يصدق قسم بين لعراء؛ لأن الإقرار يبطل بتكذيب المعرّنه، وفيه الاشكال المتقدم.

قوله: (ويصبر من باعه بعد الحجر بالثمن إن كان عالماً).

أي: وحبوا، لرصاه بدمته حيث علم اعساره، ونعلق حق لعراء بأمواله.

قوله: (ويحتمل في جاهل بالحجر انصرب، والاحتصاص بعين ماله، والصبر).

قد سبق في كلامه أنه ليس للنازع الفسخ وإن كان جاهلاً، وهذا رجع إلى التردد عن الجرم، حيث احتمل ثلاثة أمور:

أحدها: الفسخ والاحتصاص ببايع، تمسكاً بعموم قوله عليه السلام: «من وحد عين ماله فهو أحق بها»<sup>(١)</sup>.

الثاني: أنه عزم، لأنه صاحب دين، ولأنه أدخل في مقاس الثمن ماله، فليضرب بالثمن، إذ ليس فيه صفة على العزم، بل زيادة له.

الثالث: الصبر إلى الفلك، لأن الصبح على خلاف الأخص، فيقتصر فيه

(١) انتهذيب ٦ ١٩٣ حديث ٤٢١، عوي للآل ٢ ٢٥٦ حديث ٢، من أبي داود ٢٨٦٠ حديث ٣٥١٦، من نهضي ٢٨٢٣ حديث ١٠٣، ١٠٤، وفي الجميع اختلاف في الألفاظ ولم يحدد

وكذا المقرض، ويصرب المحمي عليه بعد الحجر بالأرض، وقيمة المتلف، وأجرة الكيال والوزان والحمد، وما يتعلق بمصلحة الحجر يقدم على سائر الديون،

عن موضع الدليل، ولعموم مجموع، فإن سورد من سبقت معاملته على الحجر، والصرب مع الغرماء يقتضي إبطال حقهم من عين المال التي سبق تعلق حقهم بها، ولأن لبيع أصريه وعمره، يجب بيع قبل أن يستعلم من مشتريه، فكان ذلك رضى منه بحاله، وأقرب وجوه الأخير.

قوله: (وكذا المقرض).  
أي: نختص به الوجوه الثلاثة ونفريها على سبيل، وأرحمها الأخير أيضا.

قوله: (ويصرب المحمي عليه بعد الحجر بالأرض وقيمة المتلف)  
أي: إن كانت الحصة على نفس آدمي أو طرف فالواحد لأرض، وإن كانت على مال فالواحد عوض انتف مثلاً أو قيمة، وإنما يصرب المحمي عليه بأرض الحصة وقيمة المتلف مع كون الحصة بعد الحجر لانتفاء رضى المحمي عليه، فحظه ثبت عند المفسر على وجه قهري، فيثبت به استحقاق الضرب كسائر الغرماء.

قوله: (وأجرة الكيال والوزان والحمد وما يتعلق بمصلحة الحجر تقدم على سائر الديون).

لأنها لمصلحة الغرماء، فإنها وسيلة إلى رباب<sup>(١)</sup> الديون إلى ربابها، ولو لم تقدم لم يرغب أحد في تلك الأعمال، فيحصل الضرر على المفسر والغرماء.  
قال المصنف في التذكرة، وهذا كنهه إذا لم يوجد متطوع بدست ولا في بيت المال سعة له، فإن وجد متطوع أو كان في بيت مال سعة، لم يصرف مال

(١) تأريب الشيء - تويره. انظر: الصحاح ٨٧: ١، القاموس المحيط ٣٦: ١.



وله الرد بالعيب مع الغبطة لا بدوها، وله الفسخ بالخيار والإمضاء من غير تقييد بشرط الغبطة.

المعس إليه<sup>(١)</sup>.

أقول: إذا وجد منتطوع ولا شبهة في عدم حواز صرف الأجرة من مال المفلس، أما مع وجود بيت مال فيشكل الميع من صرف الأجرة من مال المفلس فإن ذلك ضرورة وفاء دينه، فكيف لا يجوز صرفه من ماله - نعم يجوز ذلك.

ومن مصالح المحر: أجرة المبادي، وأبقت الذي تحفظ فيه الأمتعة، والتكاثر ونحوها.

قوله: (وله الرد بالعيب مع الغبطة لا بدوها، وله الفسخ بالخيار والإمضاء من غير تقييد بشرط الغبطة) مس.

قد عرفت فيما مضى أن المعس إما مع من الصرف المتدا، فما ثبت هل المحر لا يدفعه لحراد ليس بمستدا، فلو كان قد اشترى شيئاً ثم ظهر كونه معيباً، أو كان قد شترى بخياره مسح في الموصعين والإمضاء، لكن يقيد الأول بوجود الغبطة في المسح، فلو كان المعيب يساوي أريد من الثمن ولا ضرر في نقائه مع من الفسخ، بخلاف الخيار، فإن له المسح مطلقاً، ولحق أن الخيار ثبت بأصل العقد لأعلى طريق المصلحة، فلا يتقيد به، بخلاف الرد بالعيب، فإنه ثبت على طريق المصلحة فيقيد بها، كذا قيل.

وهو نظري، لأن كلاً من خيار العيب والشرط ثابت بأصل العقد، غاية ما في الباب أن أحدهما ثبت بالاشتراط والآخر بمقتضى العقد، ولم يكن ثبوت أحدهما مقيداً بغبطة ولا بعمه، فوجب أن لا يقيد حواز الفسخ بواحد منها بوجود الغبطة، وهو الأصح، وإليه مال المصنف في لتذكرة في آخر كلامه<sup>(٢)</sup>.

(١) التذكرة: ٢: ٥٤.

(٢) التذكرة: ٢: ٥٤.

ويمنع من قبض بعض حقه، ولا يجمع من وطء مستولدته، وفي  
وطء غيرها من إمانته نظر، فإن احسن فهي أم ولد.  
ولا يبطل حق الغرماء منها مع القصور دونها.  
ولو أقر بها وأطلق لم يشارك المقر له؛ لاحتمال كون السبب  
لا يقتضي الضرب.

قوله: (ويمنع من قبض بعض حقه).

وذلك حيث لا يلزم قبض البعض بدله من عليه، ولو كان الحق من  
إتلاف ما كان له قبض البعض، ولو كان عرضاً في بيع لم يكن له ذلك، لأن  
فيه إسقاطاً للحق يتعلق بالمال، فيمنع منه لأنه تصرف مستأداً.

قوله: (ولا يمنع من وطء مستولدته).

لأن الحجر لا يبعدى بها، لما سنأني من أنها لا تناع، والقول بوجوب  
مؤاخرتها لا يستلزم تعلق الحجر بها، إذ ذلك معق ببعض المانع، ولو قلنا بوجوب  
بيعها جاء في المنع وجهان.

قوله: (وفي وطء غيرها من إمانته نظر).

يشأ من أن منعه من التصرف في أموره بالحجر، وأنه معرض للاتلاف  
بالإحبال، كذا فيس، ولا يتم إلا إذا أظلمت حق الغرماء بالإحبال، وسيأتي أنه  
لا يبطل به.

ومن أنه لا يقتضي إخراج منك، وإن الاحمال لا يجمع حق العرمة،  
والأصح الأول لثبوت الحجر.

قوله: (ولا يبطل حق العرمة منها مع القصور دونها).

تقييده بالقصور دونها يدل على أن بيعها في الديون يجب أن يكون آخرأ،  
لأنه يقدم على إبطال حق الاستيلاد بغير موجب.

قوله: (ولو أقر بها وأطلق لم يشارك المقر له، لاحتمال كون  
السبب لا يقتضي الضرب).

ولو أقام شاهداً بدين وحلف معه فجعل في سائر أمواله، فإن نكر  
ففي إحلاف الغرماء إشكال، وكذا لو كان الدين لميت وتكل الوارث.

هذا ساء على أن الإقرار مما مستند إلى سبب قبل حصره أو إتلاف  
مطلق ماصر عن الغرماء، لكن في إطلاق المصنف عدم المشاركة بذلك مناقشة،  
لأنه إذا أمكن الاستفصال يسمى أن يقال: يجب، يعلم أيستحق الضرب أم لا؟  
ويمكن أن يقال: نفي المشاركة بالإقرار المصنف لا ينافي وجوب الاستفصال.

قوله: (ولو أقام شاهداً بدين وحلف معه).

لاشبهة أن الدعوى بالنسبة إليه، لأنه مال له، لكن إذا أعرض عن الدعوى  
فبالغرماء لدعوى به، يؤكد لأحدهم، لأنه يستحق قسطاً لو ثبت.

قوله: (فإن نكر في إحلاف لغرماء إشكال).

يشأ من أنه نعتى حقهم به فهو مال لهم بالقوة العينية من الفعل، ومن  
أنه لا يمين لأثبات مال الغير، فإن قلنا بحكمهم فامتنع البعض، استحق الخالفون  
بالقسط، كما لو حلف بعض الورثة للدين الميت.

والظاهر أن كل واحد منهم يحلف على ثبوت جميع الدين في دعة المدين،  
لأن استحقاقه الحصة المعينة فرع على ذلك، إذ لو حلف على ثبوت الحصة لم  
يستحق إلا بعضها.

ولا يقال: إن ذلك يستلزم إثبات باقي الدين لباقي الغرماء، لأننا نقول:  
إنما يثبت بذلك استحقاقه.

قوله: (وكذا لو كان الدين لميت وتكل الوارث).

أي: وكذا يحجيء الإشكال لو كان الدين لميت له غرماء وتكل الوارث،  
والأصح في الموضعين عدم يمين الغرماء، لما قساه من امتناع اليمين لإثبات مال الغير  
بالإجماع.

ويمنع صاحب الدين الخائ من سفر قبل الايفاء لا المؤجل، ولا يطاله بتكفين ولا إشهد وإن كان دين يحل قبل الرجوع،

قوله: (ويمنع صاحب دين حال من السفر قبل الايفاء لا المؤجل).

هذه مسألة من أحكام الدين استطرد بها فأدخلها في جملة أحكام الفس للمشاركة، ومرجع الضمير في قوله: (ويمنع) المدينون بدلالة صاحب دين عليه أو بدلالة المجلس عليه، لأنه مثله على حد قوله سبحانه: (وما يعقر من معم ولا ينقص من عمره)<sup>(١)</sup>، أي: من عمر آخره لامتناع النقص من عمر من زيد في عمره بالتعمين، والحكم ظاهر، فإن أداء الدين لحال مع المطالبة وتكسر من الأداء واجب على من هو فيه المع من كل ما ينافيه بخلاف المؤجل، لانتفاء الاستحقاق.

قوله: (ولا يطاله بكفين ولا إشهد وإن كان الدين يحل قبل الرجوع).

أم عدم المطالبة بالكفيل، فإنه ليس به المطالبة باحق، فكيف يطالب بالكفيل لأجله وذلك فرع، والتعريض من قسمه، حيث رضي بالتأجيل من غير رهن ولا كفيل؟ ومثله المطالبة بالرهن والضامن.

وأما عدم المطالبة بالإشهاد، فلا صلة بعدم، ومثل ما قلناه سابقاً، حيث رضي بالإدانة من دون إشهد، والظاهر أن له ذلك، لأن في ترك الإشهد ضرراً سلباً، وهو مني بلاية<sup>(٢)</sup> والمحدث<sup>(٣)</sup>، ولعموم: (واستشهدوا شهيدين من رجالكم)<sup>(٤)</sup> فيشمل ابتداء الإدانة، واستدامتها.

(١) فاطر ١١.

(٢) الحج: ٢٢.

(٣) الكافي ٢٩٢: ٤، ٢٩٤، حديث ٨، ٢٨٠: ٥، حديث ١، التهذيب ١٤٦: ٧، ١٦٤، حديث ٦٥١، ٧٢٧، لعمري ٤٥٠: ٣، ١٤٧، حديث ١٥٤، ٦٤٨، سي ابن خزيمة ٧٨٤: ٢، حديث ٢٣٤٠، مسند أحمد بن حنبل ٣٢٧: ٥.

(٤) البقرة: ٢٨٢.

ولا يمنع المالك من السفر معه ليطالبه عند الأجل، لكن لا يلزمه ملازمة الرقيب.

ومضى توجه الأمر بالإشهاد إلى صاحب الدين، فلا بد من إيجاب ذلك على المدين، وإلا لم تكمل فائدة الأمر، ولأن حقيقة الدين ثابتة، إنما المستفي استحقاق المطالبة قبل الأجل، فكل ما يبرع على استحقاق الأجل من الرهن والضمين والكفيل لا يجب، بخلاف ما كتب مرناً عن أصل الدين، وهو الإشهاد.

والحاصل: أن في منع ثبوت المطالبة بالإشهاد ضرراً عظيماً، وليس فيه تكليف بأداء الدين ولا ما يجري مجراه، فلا أقل من القول بثبوت المطالبة به، وهو مقرب المصنف في التذكرة<sup>(١)</sup>.

ولا فرق في هذه الأحكام بين كون الدين حل قبل الرجوع أم لا، بل لو بقي من الأجل نصف نهار من نسيأ سراً طويلاً لم يكن له الميع، لانقضاء الاستحقاق حينئذ، خلافاً للمالك<sup>(٢)</sup> ولعوض الشافعية<sup>(٣)</sup>.

قوله: (ولا يمنع المالك من السفر معه ليطالبه عند الأجل، لكن لا يلزمه ملازمة الرقيب).

أما الخوازم مع عدم الملازمة قطهر، وأما الميع من الملازمة فلها فيه من الاضرار بالملازمة من غير استحقاق.

إذا ثبت هذا، فاذ حل لأجل وهو في السفر وتمكن من الأداء، وجب عليه: إما الرجوعه، أو سعاد وكيه، أو سعاد رسالته، أو بعير ذلك من الوجوه التي تكون طريقاً إلى الأداء، كذا قد في تذكرة<sup>(٤)</sup>، وهذا باطراً إلى عدم وجوب الأداء في غير بلد الدين، وقد حققنا ما فيه في كتاب البيع وكتاب الدين.

(١) التذكرة ٥٥٠٢.

(٢) فتح المير مع المصنف ٢١٥: ١٠، وبغية السالك ٢: ١٢٥.

(٣) ذهب إليه إرويني من الشافعية كذا في فتح المير ١٠: ٢١٦.

(٤) التذكرة ٥٥٠٢.

### المطلب الثالث: في بيع ماله وقسمته:

يسفي للحاكم المبادرة لي بيع ماله لثلا تطول مدة الحجر،  
واحضار كل متاع الى سوقه، واحضار الغرماء،

قوله: (يسفي للحاكم مبادرة لي بيع ماله لثلا تطول مدة الحجر).

صرح المصنف في التحرير بنوحويه دست<sup>(١)</sup>، وفي تذكرة بالاستحباب<sup>(٢)</sup>، ونوحوب أطهر، وعنده هذا يحتمل لأمرين، وإن كانت أطهر في الاستحباب، إلا أن النعليل يرشد إلى النوحوب، فإن المنع من التصرفات بالحجر على خلاف الأصل، فيجب الافتصاص فيه على تمام الحاجة، قول في تذكرة: ولا يقرط في الاستحباب لثلا يطمع فيه يشترون شمس نحس<sup>(٣)</sup>، وهو نحس.

قوله: (واحضار كل متاع إلى سوقه).

هذا أيضاً يحتمل لأمرين، وقد صرح في التذكرة بخوار بيع لمتاع في غير سوقه شمس مثله<sup>(٤)</sup>، ولا يبعد النوحوب، إلا أن يقطع بانتفاء الريادة بالحصره في سوقه، فلو شق نقله إلى سوقه نودي عليه فيه.

قوله: (واحضار الغرماء).

هذا أيضاً محتمل، وقد صرح في تذكرة<sup>(٥)</sup> باستحباب إحضارهم وإحضار المفلس أو وكيله، ولا ريب في وجوب محصوره زيادة نفع وحب، مع ما فيه من الفوائد، وإن المفلس أحبر بمناعه، وأعرف بحيله من رديته وثمنه، ويعرف

(١) تحرير ١، ٢١٦.

(٢) تذكرة ٢، ٥٥.

(٣) تذكرة ٢، ٥٥.

(٤) تذكرة ٢، ٥٦.

التذكرة ٢، ٥٥.

## والبدء بالخوف تلفه، ثم بالرهن والجاني،

المعيب من غيره، ولأنه تكثر الرغبة بحضوره، فإن شراء المان من مالكة أحت إن  
المشتريين، ولأنه أمد من التهمة، وأطيب قلب المجلس، وليطلع على العيب إن  
كان، فيباع على وجه لا يرد، ومثل هذا في الرهون، وفي إحضار العرماء طيب  
قلوبهم، ولبعد من التهمة، ورجاء الريادة مهم.

قوله: (والبدء بالخوف تلفه).

لا ريب في وجوب هذا، لوجوب الاحتياط على الأمناء والوكلاء في أمور  
مستأسمهم، فاحاكم أولي، فإن تصرفهم قهري، فلا يجوز له تعريض مال من حصر  
عنه للتلف، فيبيع المالكه وأطعام ونحوها أولاً.  
ويمكن أن يقال: كونه الشيء مضموناً تلفه في نفسه لا يقضي حصول  
خوف التلف في الوقت، فلا يلزم وجوب المبادرة إليه، لأن ذلك إما هو عند خوف  
التلف، ولا يلزم من كون الشيء محوف التلف باعتبار شأنه (وحسه)، أن يكون  
محوف التلف في وقته.

قوله: (ثم بالرهن والجاني).

قال في التذكرة: ثم حيوان خاخته إلى السفقة وكونه عرصة  
للهلاك<sup>(١)</sup>، ويظهر من التحرير<sup>(٢)</sup> موقفة التذكرة، وليس بعد ما قاله في  
التذكرة.

ثم يبيع الرهن والجاني، فربما بقي بقية عن الدين وعوض الخناية، فتصرف  
إلى العرماء، أو يقصر الرهن عن الدين، فبصرف المدين بالرئد، وهذا الحكم  
كالذي قبله ينبغي أن يكون على الوجوب.

(١) التذكرة ٢: ٥٥.

(٢) التحرير ١: ٢١٦.

والتعويض على مناد مرضي عند لغرماء والمفلس، فإن تعاسروا عتق.  
الحاكم، وأجرته على المفلس.

قوله: (والتعويض على مناد مرضي عند العرماء والمفلس، فإن تعاسروا عتق الحاكم).

هذا الحكم أيضاً ينبغي أن يكون على طريق النوحوب، لأن الحق في ذلك للمفلس منه ماله، والعرماء لأنهم امتحنوا صرفه إليهم بديهم، وإن كانت العبارة محتملة، وفي التذكرة عبر: (ينبغي) <sup>(١)</sup>.

وحدة القبول فيه. أن الحاكم يرد إليهم التعيين، فإن اتفقوا على مناد وكان مرضياً أي: ثقة. أمضاء الحاكم، ولا رده ولحقاً مرضياً، وليس ذلك كإبراهن والمرهش إذا اتفقا على غير ثقة لبيع رهس، بل لا يطر للنحاكم معهما، بخلاف ما هنا، فإن للنحاكم بطلاً في مال المفلس، إذ التحرى يحكمه، وربما ظهر عريم فيتعلق حقه.

وواختار للمفسر شخصاً واحداً العرماء غيره، وإن كان أحدهما متطوعاً دون الآخر، فقدم المتطوع إذا كان مرضياً، وإن كانا متطوعين مرضيين، صم أحدهما إلى الآخر أحداً متطوعاً الاحتياط، وإن كانا غير متطوعين اختار أوثقهما وأعرفهما وأقربهما أحره ومن هذا يعم أن عبارة كتاب نحتاج إلى تنقيح.

ثم إن كان المبيع رهساً أو حائياً، أمر ببيع الثمن إلى المرهش، أو ولي المجني عليه إن لم يرد على الحق، فإن راد دفع ماعدا الريادة، وإن لم يتعلق به إلا حق العرماء، أمرهم باختيار ثقة يكون المال عنده مجموعاً إلى زمان القسمة.

قوله: (وأجرته على المفلس).

قد تقدم كلام التذكرة في أن أحره اللال ونحوه من بيت المال، ومع التعذر من مال المفلس <sup>(٢)</sup>، وإطلاق هذه العبارة به فيه.

(١) التذكرة ٢: ٥٦

(٢) التذكرة ٢: ٥٦



ولا يسلم المبيع قبل قبض الثمن، بل متأخراً أو معاً، وإنما يبيع  
بشمن المثل بنقد البلد حالاً، فإن خالف جنس الحق صرف إليه، ثم يقسم  
الثمن على نسبة الديون الحالة خاصة.

قوله: (ولا يسلم المبيع قبل قبض الثمن، بل متأخراً أو معاً).  
هذا لحكم أيضاً على طريق الوجوب، عملاً بالاحتياط التام في حفظ  
المال، ولظاهر أن رضى المفسر والغرماء لا أثر له في حوز التسييم قبل القبض،  
لإمكان غريم آخر، فدينه متعلق بالمبيع.

قوله: (وإنما يبيع بشمن المثل بنقد البلد حالاً).  
لا يجوز البيع بدون ثمن المثل في ذلك الزمان والمكان، لما فيه من الضرر  
بل منع بشمن المثل فصاعداً إن أمكن، حتى لو كان يقرب بلد المجلس بلد فيه قوم  
يشترون العقار في بلد المجلس - كذا قال في التذكرة<sup>(١)</sup>، ولا وجه لتخصيص  
العقار بل وكذا غيره - أنه لا يحكم إليهم وأعلمهم ليحصرروا لشراء، فيتوفر الثمن  
على المجلس.

وكذا لا يبيع إلا بنقد البلد وإن كان من غير جنس حق الغرماء، لأنه  
أوفر، ولأن التصرف عن الغير يرعى فيه المتعارف في المعاملة، ولا يبيع إلا حالاً،  
لما سبق من وجوب قبض ثمن أولاً، ولما في دامة الحجر من الضرر.

قوله: (فإن خالف جنس الحق صرف إليه).  
أي: إن خالف نقد البلد الذي وجب البيع به جنس حق الغرماء،  
صرفه يبيع به إلى الجنس وجوباً، لكن إذا لم يرض به الغرماء، فإن رصوا جاز  
صرفه إليهم برضى المفسر، ولا وجب الصرف، لأن ذلك معاوضة لا تجوز إلا  
بتراضيهما.

ولا يكلف الغرماء حجة على نفاء غيرهم، بل يكتفي بإشاعة حاله بحيث لو كان لظهر، فإن اقتضت المصلحة تأخير القسمة لحصل في دمة مليء احتياطاً، فإن تعذر أودع، ولا تناع در لسكى، ولا خادمه، ويباع فاضلها.

قوله: (ولا يكلف الغرماء حجة على استفاء غيرهم، بل يكتفي بإشاعة حاله، بحيث لو كان لظهر).

مخلاف الورثة، فاهم يكلمون بقيمة البينة على أنه لا وارث غيرهم، والفرق أن بركة أصبغ من الغرماء، والأصلح على استفاء غيرهم أسهل من الإطلاع على استفاء عريم آخر، وهذه شهادة على التي يعسر تحصيلها ومذكرها، فلا يبرم من اعتبارها حيث كان الضبط أسهل اعتبارها حيث كان أعسر.

قوله: (فإن اقتضت المصلحة تأخير لقسمة جعل في دمة مليء احتياطاً، فإن تعذر أودع).

اعتبر في التذكرة<sup>(١)</sup> في المقترص مع الملاة لأمانة، وصرح بأن دسث على طريق الأولى، فهو أودع مع وجود المقترص لأمن الملاء حان ولا يجوز تحيل القرض بسبب يقتضيه من اشتراط في بيع ومحو.

قال أيضاً: ويسمي أن يودع من يرتضيه الغرماء، فإن احتسبوا أو عيوا من ليس بعدل، لم يلتزم الحاكم وعين هو من أراد من الثقات، ولا يودع من ليس بعدل<sup>(٢)</sup>، ولم يعتبر رضى الفليس، ويسمي عتاره.

قوله: (ولا تنباع دارالسكنى ولا خادمه، ويباع فاضلها).

هذا إذا كان من أهل الإحدم، ومثله فرس ركوبه، ويشعبي أن يراد بالفاضل: ما يمتد فاضل باعتبار العين وباعتبار القيمة، فإذا كانت لدار واسعة يكتفي ببعضها، أو نفيسة يكفيه دار نفيسة بعضها، أو لخدام متعدد أو نفيساً

(١) التذكرة ٢: ٥٦.

(٢) المصدر السابق.

ويجري عليه نفقته مدة الحجر، ونفقة من تحب عليه نفقته بالمعروف، وكسوته حاري عادة أمثاله إلى يوم القسمة، فيعطى نفقتهم ذلك اليوم خاصة.

ولو اتفقت في طريق سفره فالأقرب الإجزاء إلى يوم وصوله،

كذلك، وجب البيع والاقتصار على ما يكتفي، وكذا فرسه.

ويحب أن يترك له دست ثوب يليق بحاله صفاءً وشتاءً، قال في التذكرة ٠ والأولى الاعتناء بما يليق بحاله في إفلاسه لا في حل ثروته، ولو كان يلس في حال اشروة دون ما سبق بحاله نفقته، لم يزد عليه في الإفلاس<sup>(١)</sup>. ويسمي أن يقيد بعدم ريادته على ما سبق بحال الإفلاس، ويترك لعياله من الشيب ما يترك له، ويسامع بإيبيد والحصير القليل لقيمة، لا بالسط ونحوها.

فروع: لو كان شيء من هذه مرفوضاً بيع في الدين بمقتضى الرهانة.

قوله: (ويجري عليه نفقته مدة الحجر، ونفقة من تحب عليه نفقته بالمعروف وكسوته، حاري عادة أمثاله إلى يوم القسمة، فيعطى نفقتهم ذلك اليوم خاصة).

(حاري عادة أمثاله) قيد في (نفقته ونفقة من تحب عليه نفقته) وقوله: (بالمعروف) كالمستغنى عنه، لأن اعتبار (حاري عادة أمثاله) يعني عنه، لأن الاسراف والتقتير خارج عن حاري العادة، ويومات بعض من ينفق عليه في أثناء النهار قيل: يرجع بنفقة الباقي.

قوله: (ولو اتفقت في طريق سفره، فالأقرب الإجزاء إلى يوم وصوله).

فظهر العبارة الاتفاق إلى يوم وصوله إلى منزله، وهو مستقيم إن لم يكن دوره موضع آخر، فإن كان دوره بلد آخر أو نحوه، ففي وجوب الإجزاء إلى وطنه المألوف إشكال، ووجه القرب لاصرار المؤدي إلى الهلاك، أو المشقة العظيمة

ويقدم كفته الواجب، فإن ظهر بعد القسمة غريم رجع على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب.  
ويحتمل النقص،

ولاء، واحتمال العدم في هذه الصورة ضعيف جداً.

قوله: (ويقدم كفته الواجب).

اجمعاً، وكذا كفن روحه ومملوكه لأفريه، إذ لا يجب بكفين الغريب على المور كما سبق في أول الكتاب.

قوله: (فإن ظهر بعد القسمة غريم، رجع على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب، ويحتمل النقص).

وجه الأول: أن كل واحد من العرماء ملك ما هو قدر حصته بالاقصاص الصادر من أهله في عمله، فلا يجوز النقص، لأنه يقتضي إبطال الملك الثابت، أما الحصة الرائدة على قدر حصته باعتار العرم الآخر، فإنها غير مملوكة له فمسعاد.

وجه الثاني: أن القسمة الواقعة وأحد المستحقين عائب باطنة، لتوقعها على رضى الجميع، فيجب نقصها.

ويضعف بأن ذلك في الشركاء، وهب لاشركة، إذ المال للمجلس، نعم يستحقون الإيلاء، فلا يستحق الغريم الآخر سوى الحصة، وما سواها لاحق له فيه، فيكون صرفه إلى الديون معترراً.

وبى الشارح الاحتمالين على أن الدين هل يتعلق باشركة تعلق الدين بالرهن، أو الأرض برقبة الجاني؟ فعلى الأول ينحصر الاحتمال الأول، وعلى الثاني الثاني<sup>(١)</sup>.

وهذا البناء فاسد، لأنه لا يلزم من كون تعلقه بها كتعلق لأرض برقبة الجاني، ثبوت القسمة حقيقة، التي هي فرع لشركة الحقيقة، فإن المحني عليه لم

## ففي الشركة في النماء المتحدد أشكال.

يمتلك الحدي، ولا شيئاً منه محروك الحماية، وإن استحق ذلك،  
ثم اعمم أن فائدة الاحتمالين تظهر في مواضع:

أ: إذا تصرف واحد في مقدار نصيبه، فعلى الأول يمضي، وعلى الثاني  
يجب بدله.

ب: وحبوب الزكاة إذا سح النصيب النصاب واحتتمعت الشروط على  
الأول، دون الثاني.

ج: إذا أتلّف واحد من أحد الشركاء معسراً، فعلى الأول يرجع على الباقيين  
بالحصة التي يقتضيها الحساب، وعلى الثاني ما أتلّفه المعسر بالنسبة إلى باقي العرماء  
مرة التالف، فجميعون ما سواه ويقتسمونه بينهم سوى المعسر.

د: لو رادت القيمة الآن، فعلى الأول تعتبر قيمة الحصة خاصة، فإن  
ما سواها مملوك للعائض، فتستعد الحصص وتعُدّل بين العرماء. ويمكن أن يقال:  
لما زادت قيمة الحصص وهي في يد العرماء وقد قبضوها عن دينهم، ملكوا منها  
الآن نصيبهم بعد الحساب، فلا يستعاد من لا حق العريم.  
هـ: لو حصل غناء، وهو في كلام المصنف.

قوله: (ففي لشركة في النماء المتحدد أشكال).

هذا متفرع على الاحتمالين السابقين، أي: فباء على الرجوع بالحصة أو  
النقص، في حال النماء المتجدد في يد العرماء أشكال، يستثقت إلى الاحتمالين  
المذكورين.

فعل الرجوع بالحصة، انماء مشترك بين الملس والفرماء على نسبة  
المملوك بالقبض، فإذا كان دين العريم الطاهر بقدر عشر مجموع الديون كلّها بعد  
اعتباره معها مثلاً، ملث كلّ واحد من القابضين تسعة أعشار المقبوض، فيملك  
تسعة أعشار النماء، ويبقى عشر لمقبوض وعشر النماء على ملك الملس، فيجمع

ولو تلف المال بعد النقص في احتسابه على العرماء اشكال.

الجميع ويدفع الحصة إلى الغريم الظاهر، ويقسم ماؤها بين الجميع.  
وعلى احتمال النقص لاشركة، بل الأصح والهاء باق على ملك المجلس،  
فقسم الجميع بين العرماء.

وعلم: أن المتبادر من العبارة تفرغ الشركة في الهاء وعدمه على احتمال  
النقص، وليس مردأ ولا صحيحاً في نفسه، وهو ظاهر. وكذا المتبادر أن الشركة  
في هاء وعدمه بين الغريم الظاهر وباقي العرماء، لا بينهم وبين المجلس، وهو  
الذي فهمه شارح<sup>(١)</sup>، ولا شبهة في أنه عبط لا عصل<sup>(٢)</sup>، يظهر ذلك بأدنى تأمل،  
بل المراد: شركة بين المجلس والعرماء<sup>(٣)</sup>، وبما صحت فهمه من عبارة،  
باعتبار عدم ذكر المجلس هنا.

ثم في كلام المصنف مناقشة، أنه قد حذر الرجوع بالحصة وحل النص  
احتمالاً، فكيف يكون عبده في لشركة وعدمها، شكال؟ مع أن الاشكال  
يعتصبي نكافؤ الطرفين عبده، والأصح الرجوع بحصة والاشتراك في الهاء.

قوله: (ولو تلف المال بعد النقص، في احتسابه على العرماء  
اشكال).

هذا تصريح على احتمال النص، أي لو تلف مال في يد عرماء بغير  
تفريط وظهر غريم بقاء على النص، في احتسابه عليهم بحيث يجب عليهم العرم  
اشكال، ينشأ: من عدم التفريط وأصالة لبراءة، ومن أنهم قصوه للاستيفاء،  
والقبض يضمن نفسه كما يضمن نصيبه، مع تأييده بظاهر قوله عليه سلام:  
«عني اليد ما اخذت»<sup>(٤)</sup> وهو الأصح.

(١) إيضاح الفوائد ٢: ٧٠.

(٢) عوالي اللآلي ٣: ٢٥١ حديث ٣، سنن البيهقي ٦: ٩٥، سنن الترمذي ٢: ٣٦٨ حديث ١٢٨٤، سنن

ابن ماجه ٢: ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، مسند أحمد ٥: ٨٢، ١٢، ١٣.

ولو خرج المبيع مستحقاً رجع على كل واحد بجزء من الثمن إن كان قد تلف، ويحتمل الضرب؛ لأنه دين لزم المفلس، والأقرب التقديم؛ لأنه من مصالح الحجر ثلاً يرغب الناس عن الشراء.

واعلم أن في كلام المصنف ماقشتين:

إحداها: أنه قد سلف في الرهن الجرم بالضمن بماسد القص للاستيعاء، وكذا في نظيره، فلا وجه للاشكال هاها.

الثانية: تقييده لتلف بكونه (بعد النقص) لا محض له، لأنه إن أراد (النقص) تصريح الحاكم بقوله: **بقض القسم**، فلا أثر لهذا قول، والقسمه مقبوضة مع هذا القول **وعنده**، **وإن أراد** أحد المال مهم ثم إعادته إليهم على طريق الاستئمان، فلا ضمان له نصاً، **أو يريد** (النقص) عندهم بوجوه العريم المقضي له، فلا يخرج بذلك عن حكم نقص الاستيعاء، لأنه لم يدخل في أيديهم إلا على هذا الوجه.

قوله: (ولو خرج المبيع مستحقاً رجع على كل واحد بجزء من الثمن إن كان قد تلف، ويحتمل الضرب، لأنه دين لزم للمفلس، والأقرب التقديم، لأنه من مصالح الحجر، ثلاً يرغب الناس عن الشراء).

أي: لو خرج المبيع من مال المفلس طهراً مستحقاً، فأحده مالكة، رجع المشتري على كل واحد من الغرماء بجزء من الثمن، يفتضيه الحساب بعد صميمة الثمن إلى الديون إذا تلف ثمن، فيقدم به على الغرماء.

ويحتمل الضرب به مع الغرماء، لأنه دين لزم للمفلس، فهو من حصة الديون، إذ المتلفات بعد الحجر يضرب مستحقها مع الغرماء.

والأقرب عند المصنف هو الاحتمال الأول، أعني: التقديم بالثمن على الغرماء، لما ذكره من أن ذلك من مصالح الحجر، فإنه لولا ذلك لكان الناس لتجويزهم ظهور الاستحقاق، وحصول التلف للثمن - يرغبون عن الشراء، خوفاً من هوات بعضه باستحقاق الضرب، فتقل الرغبات في شراء أموال المفلسين،

ولو بذل زيادة بعد الشراء ستحب المبيع، فإن بقي من الدين شيء لم يستكسب.

فتنقص القيمة، فيحصل الضرر للمفلس، فيحصر الضمان فيه فيقدم به، أو يضرب والعراء، بخلاف ما إذا أمنوا باعتقاد الرجوع إلى جميع الثمن، وما قرره المصنف جيد.

إذا تقرر هذا، فلا بد من تحرير المسألة، ون التلف للثمن إما أن يكون قبل قبض الغرماء إياه، أو بعده.

فإن كان الأول، فتلقه في يد الحاكم أو الأمين كونه في يد المفلس، لأنها كيد، فينحصر الضمان فيه، فيقدم به، أو يضرب مع الغرماء على الاحتمالين، ولكن هذا إذ لم يكن الغصب معلوماً عند القبض، وإلا استقر الضمان عليه، لأنه غاصب.

وإن كان الثاني، فإن تلقه في يد غرماء مضمون، لقبضهم إياه للاستيفاء، فيتحير المشتري في الرجوع عليهم جميعاً كل بقدر ما تلف في يده، والرجوع على المفلس، فيقدم به أو يضرب مع الغرماء.

وإن رجع على الغرماء لم يرجعوا على المفلس، سواء كانوا عاقلين أو جاهلين، لأن قبضهم كان مضموناً، نعم له الرجوع بدينهم، لأن القبض لم يحصل به إيفاء الدين، لأن ذلك مال الغير.

وإن رجع على المفلس، رجع هو على الغرماء، لما قلناه.

قوله: (ولو بذلت زيادة بعد الشراء استحب الفسخ).

أي: استحب للحاكم أن يفسخ العقد اللازم إذا رضي المشتري، ويستحب للمشتري الرضى، أما لو كان هناك ما يقتضي الفسخ كخيان فلا إشكال في وجوب الفسخ.

قوله: ( فإن بقي من الدين شيء لم يستكسب).



وهل تباع أم ولده من غير رهن؟ نظره، فإن منعناه ففي مؤاجرتها  
ومؤاجرة الضيعة الموقوفة نظره، ينشأ: من كون المنافع أموالاً كالأعيان،  
ومن كونها لا تعد مالاً ظاهراً، والأول أقوى.

لظاهر قوله تعالى: (فمطرة إلى ميسرة)<sup>(١)</sup> وللرواية عن علي  
عليه السلام<sup>(٢)</sup>، فلا يجبر على أخذ لركاة والصدقة، ولا المرأة على الترويج لتأخذ  
المهر.

قوله: (وهل تباع أم ولده من غير رهن؟ نظره، فإن منعناه، ففي  
مؤاجرتها ومؤاجرة الضيعة الموقوفة نظره، ينشأ: من كون المنافع أموالاً  
كالأعيان، ومن كونها لا تعد مالاً ظاهراً، والأول أقوى).

أما منشأ النظر لأول: فنسعى لنعارض عموم بيع أمواله - فإن أم الولد ما -  
ومع بيع أمهات الأولاد إلا فيما استثناه النص، ولا نص هنا.

وهذا انظر ينال ما سبق من حرم المصنف بخوار وطء المفلس أم ولده،  
وتردده في وطء غيرها من الإمام، فانه على هذا لتردد يجب لتردد هالك أيضاً،  
إذ هي على أحد الاحتمالين من متعلقات الحجر.

ومشأ النظر الثاني: من لتردد في أن المنافع تعد أموالاً أم لا؟ وإن كان  
ما ذكره المصنف كالمندفع. وقوله: (لا تعد مالاً ظاهراً) يريد به: أنها لا تعد في  
الظاهر بين الناس مالاً، أولاً تعد من لأموال الظاهرة، بل هي من الامور  
الخفية.

والجملة فالعبارة لا تحو من تعقيد، والأولى توجيه النظر بما قلناه، وما قواه  
من وجوب المؤاجرة قوي.

فإن قيل: لو كانت المدفع أموالاً، لوجب باعتبارها الحج.

قلت: يحتمل ذلك، وبقينا بالعدم أمكن التفصي من اللزوم، بأن الحج

(١) البقرة: ٢٨٠.

(٢) الفقيه ١٩: ٣ حديث ٤٣، التهذيب ١٩٦: ٦ حديث ٤٣٣، الاستبصار ٣: ٧٧ حديث ١٥٦.

وإذا لم يبق له مال، واعترف به بغيراء فك حجره، ولا يحتاج إلى إذن الحاكم، وكذا لو اتفقوا على رفع حجره.

إنما يجب دمال الحاضر، والمنفعة تتجدد شيئاً فشيئاً، ولا يوثق ببقائها، بحيث يستوفى الجميع، فيستقر ملك لأجرة، فلا يوجب عليه لإقدام على ارتكاب هذا الأمر الخطير.

نعم لو أحر الأعباء بمقدار المؤونة، وحب حينئذ، لكونه مالكا.  
قوله: (وإذا لم يبق له مال واعترف به بغيراء فك حجره، ولا يحتاج إلى إذن الحاكم).

المراد. إذا لم يبق له مال بعد القسمة للمالك الموجود، وإنما فك حجره حينئذ لأن الحجر لحظ المال على العرماء، وقد حصل العرص، فيزول الحجر خلافاً للشافعي في أحد قوله<sup>(١)</sup>.

لكن بشكل على هذا الحجر على من لا مال له، فلو رفع عنه الحجر لانتفاء مال، وحب أن لا يصح الحجر على من لا مال له، إلا أن يعدل: الحجر في هذا القسم لا يرتفع إلا بعك الحاكم عندما يقتضيه نظره واحتجاده.  
قوله: (وكذا لو اتفقوا على رفع حجره).

هذا أحد الوجهين، وقد قوّه لمصنف في التذكرة، لأن الحجر لهم، وهو حفيهم، وهم في أموالهم كالمترتهن في الموهون<sup>(٢)</sup>. ويحتمل التوقف على مراجعة الحاكم، لأن الحجر على الفلاس لا يقتصر على العريم للمتمسك، بل يثبت على العموم، ومن الجائر أن يكون له عريم آخر.

قال في لتذكرة: والوجهان معر على أن بيع الفلاس من الأجنبي لا يصح، فإن صح هذا أولى<sup>(٣)</sup>، والذي يقتضيه النظر عدم التوقف، لأن الأهل

(١) فتح العرير مع المجموع ٢٢٥: ١٠.

(٢) التذكرة ٥٨: ٢.

(٣) المصدر سابق.

ولو باع من غير الغرماء بإذن فالأقرب الصحة، ولو باع من  
الغريم بالدين ولا دين سواء صح على الأقوى؛ لأن سقوط الدين يُسقط  
الحجر.

عدم غريم آخر.

ولو بقي الحجر لأجده، لزم استمراره بعد القسمة ما بقي الاحتمال، وهو  
ضرر مني، على أنه لو بقي الحجر لأجله لم يكن للحاكم رفعه، كما أنه ليس به رفع  
الحجر قبل القسمة من دون رضا الغرماء.

قوله: (ولو باع من غير الغرماء بإذن فالأقرب الصحة).

وجه لقرب بعدم لما سبق، فإن الحجر لحقهم، والأصل عدم عزم آخر  
ولقائل أنه يقرب الحجر وإن كان لحقهم طاهراً، إلا أنه من الممكن  
كونه لحقهم وحق غريمهم، بأن يكون للمتمسك في الواقع عزم آخر، بعد ظهوره  
يتبين عدم نفوذ البيع، فيكون عند يقاعه غير معلوم الصحة، وهو لاحتمال الآخر.  
ويمكن أن يقال: عموم الحجر بالنسبة إلى غير المتمسك من الغرماء يقتضي  
المشاركة في الصرب، أما توقف صحة البيع على إذنه مع كونه غير معلوم بمباصل،  
لامتناع الخطاب حينئذ، ولا دليل يدل على تحققه بعد الظهور، ولا امتناع إبطال  
تصرف ثبتت صحته، وكذا توقف صحة العقد على إذن الحاكم لا دليل عليه، مع  
كونه إما حجر عليه لحقوق الغرماء، والقول بالصحة قريب، وإن كان التوقف على  
إذن الحاكم أولى.

قوله: (ولو باع من الغريم بالدين ولا دين سواء صح على الأقوى،  
لأن سقوط الدين يسقط الحجر).

هذا فرع زوال الحجر بروال الدين من غير توقف على حكم الحاكم،  
ووجه القوة: أن صحة البيع موحبة لسقوط الدين، فيسقط الحجر، كذا على  
المصنف.

وفيه نظره، فإن ذلك مسلم، ولا يدرى من كونه كذلك صحة البيع، لأنها

فرع زوال لدين، والدين لا يبرول إلا إذا صح بيع، فتكون صحة البيع موقوفة على زوال الدين المفتضي لزوال الحجر، وزوال الدين موقوف على صحة البيع، وذلك دور.

وإمكان اقتران صحة البيع وارتفاع حجر لا يقتضي الصحة، لوجوب تقدم الشرط، فإن رفع الحجر شرط لصحة البيع.

ويمكن أن يقال: صحة البيع موقوفة على رضى العريم به، وشراؤه من المفلس يستلزم رضاه، لوجوب حل الشراء على المعتبر شرعاً، وهذا إذا اتحد العريم، أو كان المشتري لجميع، ويحتمل العدم، لا يمكن غريم حجر.

وحوايه: أن صحة التصرف غير موقوفة على إذن غريم غير طاهر وقت التصرف، فعلى هذا لو ظهر غريم أحد من المشتري، حصته يقتضيها الحساب، ويحتمل بطلان البيع في مقدار تلك الحصه.

هذا إن لم نقل بالنقض، ولو قلنا به أمكن حكم بطلان البيع من رأس، لأن الدين لا يجوز حمله حيث ثمناء، إذ لا يستحق استيفاؤه والحالة هذه، فلا يجوز أن يقابل به مال.

واعلم: أنه لو كان شراء العريم بغير الدين، فعلى ما سبق اختياره من صحة بيع لأحبي، يجب الحكم بالصحة في الجميع وإن ظهر غريم.

إذا تقرر هذا، فما قواه المصنف لا يخومس نظره، إذ لو ظهر غريم والحالة هذه، لتطرق احتمال بطلان البيع في مقدار حصه وإن أذن الحاكم، لتبين عدم صحة مقابلتها بمال.

واعلم: أن عبارة الشارح هنا محتلة، وله قال: سقوط الدين معنول صحة البيع، وهو مشروط بصحة البيع في دور<sup>(١)</sup>، وهذا مختل، لأن كونه معلولاً لصحة البيع هو عبارة عن كونه مشروطاً به، وهذا لا يقتضي الدور.

والجني عليه أولى بعبده من الغريم، فإن طلب فكه فبغير منعه.  
ولو تلف من المال المودع قبل القسمة فهو من مال المفلس، سواء  
كان التالف الثمن أو العين.

### المطلب الرابع: في الاحتصاص:

من وجد من الغرماء عين ماله كان أحق بها من غيره وإن لم  
يكن سواها،

قوله: (والجني عليه أولى بعبده من الغريم، فإن طلب فكه فبغير منعه).

بما كان الجني عليه أولى من الغريم، لأن حقه متعلق بعين الخاي  
ولا يستحق سواء، فلذلك كان لغريم ماله لو طلب فكه.  
واعلم: أن في إصافة العبد إلى صميم الهي عليه توسعاً، بسبب علاقه  
بجايته عليه، فإن الإصافة يكفي في أدنى ملاسة.

قوله: (ولو تلف من المال المودع قبل القسمة فهو من مال المفلس،  
سواء كان التالف الثمن أو العين).

أما إذا كان التالف العين فظاهر، إذ هو مال المفلس تلف في يد أميه  
المصوب عنه شرعاً، وأما إذا كان التالف ثمن، فلائه قد دخل في ملكه بالبيع  
عنه، ولم يملك الغرماء، لأنهم إنما يكون بالدفع إليهم بعد القسمة، وقد تلف في  
يد أميته، لكن لا بد من التقييد بكون التلف بغير تفريط.

قوله: (ومن وجد من الغرماء عين ماله كان أحق بها من غيره  
وإن لم يكن سواها).

مستند ذلك النص والامع، ولا فرق بين أن يكون للمفلس مال سوى  
العين أم لا، تمسكاً بعموم النص<sup>(١)</sup>.

وله الضرب بالدين، والخيار على المور على اشكال، سواء كان هناك وفاء أولا.

قوله: (وله اضرب بالدين).

أي: مع كونه أحق بعينه - على معنى أنه لاحق لأحد معه فيه - له أيضاً أن يتركه مع العرماء بالثمن الذي هو الدين.

قوله: (والخيار على الفور على إشكال).

هذه حجة معترضة، ومشأ الاشكال: من أن الأصل في البيع الدوم، وطاهر قومه تعالى: (وهو بالعقود)<sup>(١)</sup> فيقتصر في الخروج عن مقتضى الأصل، وطاهر لآية على ما به يتدفع الضرورة.

ومن دلالة النص على ثبوت الخيار فيكون محرراً لهذا الفرد من الآية، فلا دليل على عوده إليها، وأصل المروم معارض بأصل بقاء الخيار و استصحابه. ويمكن ترجيح المورية، بأن الأشهر في كلام لأصحاب<sup>(٢)</sup>، وفيه جمع بين الحقين، فالقول بالمورية قريب.

قوله: (سواء كان هناك وفاء أولا).

هذا تعميم بعد التعميم الحاصل بعونه: (وإن لم يكن سواها) لكنه على اشتق المحدث، أي: هو أحق إن كان سواها وإن لم يكن، وعلى تقدير أن يكون سواها فهو أحق، سواء كان هناك وفاء سابق لديون أولا، وقد الشئخ في المبسوط: إنه ليس له الرجوع، إلا إذا كان هناك وء لباقي الديون<sup>(٣)</sup>، بخلاف ما لو مات الممس، فإن صاحب الدين يمت يختص بها إذا كان في التركة وفاء لباقي ديونه، على ما ذكره في التذكرة<sup>(٤)</sup>.

(١) المائدة ١٠

(٢) مهم: لشيخ في مبسوط ٢: ٢٥٠، والعلامة في التذكرة ٢: ٦٠.

(٣) الموطأ ٢: ٢٥٠

(٤) التذكرة ٢: ٦٠

ويفتقر الرجوع إلى أركان ثلاثة: العوض، والمعوّض، والمعاوضة.  
أما العوض فهو الثمن وشرطه أمران:

الأول: تعذر الاستيفاء بالافلاس، فلو وفي المال به فلا رجوع،  
ولا يسقط الرجوع بدفع الغرماء للمنة، وتجويز ظهور غريم.

فإن قيل: كيف يتصور أن يكون في التركة وماء لباقي الديون مع المحرم؟  
قلنا: يمكن تجديد مال آخر بمجلس دهر أو اكتساب ونحوهما، أو بارتفاع  
قيمة أمواله أو بمائها، أو كون الديون إنما تزيد على أمواله مع ضمنية الدين المتعلق  
بمتاع واجده، فإذا أخرج الدين من بين كونه والمتاع من بين أمواله، صارت وافية  
بالديون.

فإن قيل: مع إكوفاء جميع الدين لعدم ونحو المانع زائل.  
قلنا: ثبت الخيار بأول المحرم والأصل بقاءه.

واعلم: أن الحصة المنصبة لكون الخيار على الفور، معترضة بين هذا  
التعميم، وما قبل الجملة، إذ هو متعلق به من حيث أنه من جهة أحكامه، ولا فح  
فيه من حيث أنه جار على القواعد<sup>(١)</sup>.

قوله: (وشرطه أمران: تعذر الاستيفاء بالافلاس، فلو وفي المال به  
فلا رجوع).

لعدم تعذر الاستيفاء حينئذ.

قوله: (ولا يسقط الرجوع بدفع الغرماء للمنة، وتجويز ظهور  
غريم).

لا فرق في ذلك بين أن يكون دفع الغرماء لدين صاحب العين من ماله  
أو من مال افلس، سواء دفعوا إلى المفلس ليوفي عن نفسه صاحب العين، أو دفعوا

(١) في «م» وردت العبارة من قوله. (وعدم أن الحصة...) قبل قوله: (فإن قيل...) وما أثبتناه من  
«ق» وهو الأنسب

ولو امتنع المشتري الموصر من الدفع فلا رجوع، ويستوفيه القاضي.

إلى صاحب العين، ومواء كان في العين ما يقتضي رغبتهم في دفع القيمة، أو لا، لأن الخيار قد ثبت بالنص، فلا يسقط بما ذكر.

وتعليل المصنف بالأمرين - أعني: سنة، وتخوير ظهور غريم آخر - لا يأتي على جميع الصور، فإن تخوير ظهور غريم آخر إنما يمنع لو دفعوا من مال المفسد، أو من أموالهم إلى المفسد هبة.

ولو دفعوا إليه هبة وشرطوا عليه إبقاء صاحب العين، فعلى ما قلناه من جواز لشراء بشرط الاعتناق وتعيته، لا إختصاص للغريم بظاهر. وأما المنة، فانما تكون إذا قبضه يائس، أو دفعوا له من أموالهم حيث لا يكون في العين زيادة تقتضي الرعة في بدل العوض، فيكون مقتضى التعليل المذكورين وجوب قبول مع انتعائها.

وقد صرح في لتذكرة: بأنه إذا كان في السعة ريانة لعلاء لسعر، أو كثرة الرعيبين إليها بحيث يرحى صعود سعره، يجب على صاحب أحد دبه الذي بدله اعراء<sup>(١)</sup>، وقد عرفت ضعف ذلك، من العدول عن ظاهر النص بمثل هذه لأوهام لا يجوز.

قوله: (ولو امتنع المشتري الموصر من الدفع، فلا رجوع، ويستوفيه القاضي).

على الأصح، حلاً للأشبح<sup>(٢)</sup> متاً وشافعي<sup>(٣)</sup>، فإن الأصل في البيع المبروم، فلا يعدل عنه إلا بنص، ولأن إقراض البائع قبل قبض المشتري الثمن يقتضي الرضى بتمته، فلا يبقى به فسخ، بل يرفع أمره إلى الحاكم ليحبره على لوفاء، أو يسلم عنه من ماله، وهذا في غير خيار لتأخير حيث لم يقبض واحد

(١) التذكرة ٢: ٦٠.

(٢) المبسوط ٢: ١٤٨.

(٣) فتح مريز مع المجموع ١٠: ٢٣٦.



الثاني: الحلول، فلا رجوع لو كان مؤجلاً، ولو حل الأجل قبل فك حجره ففي الرجوع إشكال.

وأما المعاوضة فلها شرطان:

كونها معاوضة محضة، فلا يثبت الفسخ في النكاح، والخلع، والعفو عن القصاص عن مال: وليس للزوجة فسخ النكاح، ولا للزوج فسخ الخلع،

منها، وقد سبق في البيع.

واعلم: أن هذا في حصة المتحرر ~~عن~~ بقوله: (تعذر الاستيعاء بالأفلاس) فإن التعذر هنا ليس من جهة ~~الأفلاس~~.

قوله: (فلا رجوع لو كان مؤجلاً).

لعدم الاستحقاق حال الحجر، فينطبق ما عيى حق ذوي العرماء، ولا دليل على سقوطه.

قوله: (ولو حل الأجل قبل فك الحجر، ففي الرجوع إشكال).

ينشأ: من أن طهر الخبر يشمل بعمومه - فانه عريم وحده عين ماله - ومن سبق تعلق العرماء بها، فلا دليل على الإبطال.

وأيضاً فإن عموم النصوص<sup>(١)</sup> دان على تعلق حقوق العرماء بأعيان أمواله، وهو يقتضي عدم اختصاص البائع بعد الحلول، لامتناع اختصاص مع تعلق حقوق العرماء، وهو الأصح.

قوله: (كونها معاوضة محضة).

هذا الشرط إجماعي، ويؤيده أن ما لم يكن معاوضة محضة كالنكاح مثلاً ليس المال مقصوداً فيه، وهذا يجوز إخلاء عقد عنه، فلا يتسلط على الفسخ بتعذر الوصول إلى المال.

ولا للمدعي فسخ العفو بتعذر الأعواض.

ويثبت في الاجارة والسلم، ويرجع الى رأس المال مع بقاءه، أو يضرب بقيمة المسلم فيه مع تلفه، أو برأس المال على اشكال؛ لتعذر الوصول الى حقه فيتمكن من فسخ السلم.

قوله: (بتعذر الأعواض).

أي: تعذرهما في كل من هذه المذكورات.

قوله: (ويثبت في الاجارة والسلم).

لأن كلا منها معاوضة محضة.

قوله: (فيرجع الى رأس المال مع بقاءه، أو يضرب بقيمة المسلم فيه مع تلفه، أو برأس المال على اشكال؛ لتعذر الوصول الى حقه، فيتمكن من فسخ السلم).

بعد أن ذكر ثبوت الاحتصاص في اجارة والسلم، اقتصر على بيان حكم السلم، لأن حكم الاجارة مبني عليه.

فإذا كان رأس مال السلم رقباً فسخ ورجع إليه، وإن تلف فهو مخير بين أمرين: الضرب بقيمة السلم فيه، والضرب برأس ماله بأن يفسخ عقد السلم، لكن على اشكال في الثاني، يشأ. من تعذر الوصول الى حقه، فيمكن من فسخ السلم، كما ذكره المصنف.

وفيه نظر، لأن ما ذكره صغرى قدس حذفت كبراه، وتقديره: وكل من تعذر وصوله الى حقه فسخ المعاوضة المنتصمة له، ومعلوم عدم صحته كنية. ومن أنه عقد لازم، والسلم فيه موجود، وإمى تعذر لإعبار مسلم إليه. إذا عرفت هذا، فاعلم أن في عبارة المصنف شيئين:

أحدهما: أنه لم يقيد التلف بكونه قبل الحجر أو بعده، ويجب ستفريق بينهما، فانه إذا تلف الثمن قبل الحجر لم يبق للمسلم إلا المسلم فيه، فبعد الحجر يستحق الضرب بيس لا.

ولو أفلس مستأجر اديابة، أو الأرض قبل المدة فلمؤجر فسخ  
الاجارة تنزيلاً للمنافع منزلة لأعيان،

وأما إذا كان التلف بعد الحجر، فإن الفسخ قد ثبت حال الحجر بوجودان  
عين ماله، فلا يسقط بتلفها استصحاباً لما كان، وهذا هو الأصح الذي لا معارض  
له، والاحتجاج بكون عقد اسلم في هذه الصورة لازماً بمصادرة، لأن ذلك هو  
المتنازع.

الثاني: إن قوله: (أو يضرب بقيمة المسلم فيه مع تلفه) فيه شيء، لأن  
الذي يستحق الضرب به هو حنس الحق، بحيث أن أموال المسلم وأثمانها إذا لم  
تكن من حنس الحق صرفت إليه، إلا مع رضى العرماء بالاعتباس عن الحق.  
ولعله أراد بالضرب بقيمة هنا: الضرب باعتبارها، لأنه إما يعلم مقدار  
المستحق للمسلم من مال المسلم، باعتار قيمة المسلم فيه، فكأنه قد ضرب بها،  
فتحوز في العارة.

والمعجب أن الشرح<sup>(١)</sup> تحيّر أن الاشكال في ضربه بالقيمة مع التلف،  
نظراً إلى أن بعض الفقهاء يبيع من معاوضة عن مال السلم قبل قصده، فإن كلام  
المصنف لا يستقيم إلا بتأويل، إما يتحوز أو الحمل على رضى المسلم بأخذ  
القيمة، ومع ذلك فهو لا يرى لمنع من هذه المعاوضة، فكيف يستشكل صحتها؟  
فما ذكره غير مستقيم.

قوله: (ولو أفلس مستأجر الدابة أو الأرض قبل المدة، فلمؤجر  
فسخ الاجارة، تنزيلاً للمنافع منزلة الأعيان).

الافلاس الطارئ على الاجارة، إما أن يكون على المؤجر، أو على  
المستأجر، وعلى التقديرين، إما أن يكون مورد الاجارة النعمة، أو العين، فالصور  
أربع.

وله الضرب، فيؤجر الحاكم الدبة أو لأرض ويدفع إلى الغرماء، ولو بذلوا له الأجرة لم يجب عليه الامضاء.

وإذا أفلس المستأجر والحاكم أنه يسم عوص الإحارة، ولا مضي شيء من المدة المضروبة، ولا فرق بين أن تكون لإحارة وردة على العين كأرض ودانة معيتين، فللمؤجر في حالين مسح الإحارة، تريباً للمدفع مبرلة الأعيان. فكما ثبت المسح في الأعيان المتعوض عليها، يجب أن يثبت في منافع، لأنها أموال، وللإشتراك في الضرر في كل من الموضع، مع أن لإحارة معاوضة محضة لا يقصد بها إلا التعويض، وذكرها ركر في العقد.

قوله: (وله الضرب فيؤجر الحاكم الدانة أو الأرض، ويدفع إلى الغرماء).

أي: ولمؤجر إبقاء الإحارة، فنصرت بالأجرة مع الغرماء، فعلى هذا يؤجر الحاكم العين المستأجرة كما يبيع أموال الممس، ويؤجر أعيان أمواله التي لا يمكن بيعها، وما حصص من الأجرة فهو بين الغرماء، هذا إذا كانت الإحارة على عين أو في الذمة وحصل التعيين، ولو لم يكن قد عين ولم يمسح، طائفة الحاكم بالتعيين، ثم يؤجر العين حينئذ.

قوله: (ولو بذل له الأجرة لم يجب عليه الامضاء).

أي: بعد ثبوت استحقاق المسح، لأن الأصل عدم الوجوب، ولا فرق بين كون البذل من مال المفلس أو من الغرماء، ولا بين أن يكون البذل لمصلحة الغرماء وتغطيتهم أو لحصص مصلحته، لما قلناه.

ويجيء على ما ذكره المصنف في باب الغرماء الثمن لمصلحتهم من مالهم، وجوب القبول هنا، وهو ضعيف. وهذا كونه إذا لم يمض من المدة شيء، فلو مضى منها بعض، فكما لو تلف بعض المبيع.

ولو حجر عليه وهو في نادية ففسخ المؤجر نقلت العين الى مأمّن بأجرة المثل مقدمة على حق الغرماء.

ولو كان قد زرع الأرض ترك زرعه بعد الفسخ بأجرة مقدمة على الغرماء، إذ فيه مصلحة الزرع الذي هو حق الغرماء. ولو أفلس المؤجر بعد تعيين الدابة فلا فسخ، بل يقدم المستأجر بالمنفعة كما يقدم المرتن.

قوله: (ولو حجر عليه وهو في نادية، ففسخ المؤجر، نقلت العين إلى مأمّن بأجرة مثل، مقدمة على حق الغرماء).

أي: لو حجر على مستأجر، وهو في مكان محوف كالنادية، واحتجبت شرائط الفسخ، ففسخ المؤجر، وكنت الاجارة لنقل متاع، لم يكن سموجر طرح المتاع في النادية لهلكة، ولا في موضع غير محترق، بل يجب عليه نقله إلى مأمّن بأجرة المثل بدلت النقل من ذلك المكان.

ويقدم بها على الغرماء، لأنها لصيانة المال وحفظه، ليصل إلى الغرماء، فهو من مصالح الحجر، فاد بقاءه ملحق إلى الحاكم مع إمكائه، وإلا جعله على يد عدل. ولو كانت الاحارة لركوب المجلس وحصل الفسخ، فالأقرب أنه ينقل إلى المأمّن بأجرة مقدمة، دفعاً ينصرف عن نفسه، على تقدير حصوله بدون ذلك.

قوله: (ولو كان قد زرع الأرض ترك زرعه بأجرة مقدمة على الغرماء، إذ فيه مصلحة الزرع الذي هو حق الغرماء). وكذا كلّما كان من هذا القبيل.

قوله: (ولو أفلس المؤجر بعد تعيين الدابة فلا فسخ، بل يقدم المستأجر بالمنفعة كما يقدم المرتن).

هذا أحد قسمي ما إذا كان المفلس هو المؤجر، وهو ما إذا كان الإفلاس بعد تعيين محل الاجارة، سواء كان التعيين في أصل العقد أو بعد ورودده على الذمة.

وإنما لم يكن للمستأجر الفسخ هن، لأنه يتقدم بالمنفعة في هذه الصورة،

ولو كانت الاجارة على النعمة فيه الرجوع الى الاجرة إن كانت باقية، أو لضرب بقيمة المنفعة.

الثاني: سبق المعاوضة على الحجر، فالأقرب عدم تعلقه بعين ماله لو باعها عليه بعد الحجر.

للتصرف اللازم المتقدم على الحجر كالمترن، فلا ضرر عليه ولا دين له على المفس، وتباع العين، وهي كذلك إن حصل راغب، وإن لم يحصل أخريتها إلى انقضاء الاحارة، وهل يبقى الحجر مستمراً إلى انقضائها؟ فيه تردد.

قوله: (ولو كانت الاجارة على النعمة، فله الرجوع إلى الاجرة إن كانت باقية، أو لضرب بقيمة المنفعة).

أي: لو كانت الاحارة واردة على نعمة، ولما يحصل سعي، فلم يستأجر الرجوع إلى الاجرة مع بقائها، لأنه غير مفسر ماله لو كانت نالعة ضرب بقيمة المنفعة، وهل له المسح والضرب بالأجرة؟ فيه الاشكال السابق في السلم. قوله: (سبق المعاوضة على الحجر، فالأقرب عدم تعلقه بعين ماله لو باعها عليه بعد الحجر).

قد سبقت هذه المسألة في بحث منع التصرف، وذكر المصنف فيها احتمالات ثلاثة، أحدها ما قرره هنا، فهو رجوع عن التردد إلى الجزم. ووجه القرب: سبق تعلق حق الفراء بأعيان أموال المفس حين الحجر، وبقاء مقتضي الرجوع بالعين، خصوصاً وقد تعلق حق الفراء.

والخير لا يتناولها، لأن الحديث الوارد عن أبي الحسن عليه السلام، عن رجل يركب الدين، فيوجد متاع رجل عنده بعينه، قال: «لا يحاصه الفراء»<sup>(١)</sup> يقتضي وجدان متاع الرجل حبيب ركوب دين بلا فصل، عملاً بدلالة الفاء، والتردد إنما يجيء في الجاهل بحال المفس، أما العالم فلا شيء له جزماً، وعبرة المصنف هنا مطلقة، وكأنه اكتفى بما سبق.

ولو فسخ المستأجر بالانهدام بعد القسمة احتمال مزاحمة الغرماء  
بالباقى؛ لاستناده الى عقد سابق على الحجر، والمنع، لأنه دين حدث بعد  
القسمة.

ولو باع عيناً بأخرى وتقابضا، ثم أفلس المشتري وتلف العين في  
يده، ثم وجد البائع بعينه عيباً فردّه فله قيمة ما باعه، ويضرب مع  
الغرماء.

ويحتمل التقديم؛ لأنه أدخل في مقابلتها عيناً في مال المفلس.

قوله: (ولو فسخ المستأجر بالانهدام بعد القسمة، احتمال مزاحمة  
الغرماء بالباقى لاستناده إلى عقد سابق على الحجر، والمنع لأنه دين حدث  
بعد القسمة).

بى المصنف في التذكرة لوحين في هذه المسألة على أن وجود السب  
كوجود المسب أولاً، قال: فإن قلنا بالأول رجع عليهم بما يخصه، لوجود سب  
الوجوب قبل الحجر، وإن قلنا بالثاني لم يرجع، لأن دينه تجدد بعد الحجر<sup>(١)</sup>.  
ولقائل أن يقول: وجود سب وإن كان كوجود المسب لا يستلزم  
ما ذكره، لأنه لا يجري مجراه من جميع الوجوه قطعاً، ومن بعضها لا يفيد، وخصوص  
هذا الوجه لا دليل عليه، والمنع قريب.

قوله: (ولو باع عيباً بأخرى وتقابضا، ثم أفلس المشتري وتلفت  
العين في يده، ثم وجد لبائع بعينه عيباً فردّه، فله قيمة ما باعه ويضرب  
مع الغرماء، ويحتمل التقديم لأنه أدخل في مقابلتها عيناً في مال المفلس).  
أي: يحتمل التقديم بقيمة عينه كملاً.

يرد على الثاني إشكال، فإن إدخال عين مال المفلس في مقابلة شيء  
لا يقتضي التقدّم بذلك الشيء، بل ولا الصرب به، كما سبق فيمن باع المفلس

وأما المعوض فله شرطان:

بقاؤه في ملكه فلو تلف، أو باعه، أو رهنه، أو أعتقه، أو كاتبه ضارب بالثمن، سواء زادت القيمة على الثمن أولاً.  
ولو عاد إلى ملكه بلا عوض كاهبة والوصية احتمل الرجوع لأنه وجد متاعه، وعدمه لتلقي الملك من غيره،

بعد الحجر جاهلاً، ولا ريب أن كليتها مبيعة، بل هذا الاحتمال ساقط.  
ويسفي ساء هذه المسألة أيضاً على ما بنيت عليه الأولى، من أن وجود السبب كوجود السبب، أولاً، فيحيي احتمال عدم مزاوجة العرماء على الثاني، لأنه دين حدث بعد الحجر، وبالجسمنة فالمسألة موضع توقف، وإن كان الثاني لا يخلو من قرب.

قوله: (بقاؤه في ملكه).

هذا يدل على أن ما ذكره سابقاً - في سلم من لضرب بالثمن بعد العسخ على إشكال - إما هو إذا كان تلف الغير بعد الحجر لاقسه.

قوله: (ولو عاد إلى ملكه بلا عوض كاهبة والوصية، احتمل الرجوع لأنه وجد متاعه، وعدمه لتلقي الملك من غيره).

أي: وكل من وجد متاعه فهو أحق به في الوجه الأول، ووجود حديث يدل على أن كل من وجد متاعه فهو أحق<sup>(١)</sup> به عزيز، وحديث فيوجد متاع رجل عنده<sup>(٢)</sup> يقتضي وحدانه عقيب الحجر بلا فصل.

أما ما عدل به الوجه الثاني من تلقي ملك من غيره فلا أثر له بخصوصه، فانه لم تثبت ما نعيته، والتوقف في هذه المسألة إلى أن يتقطع الطمع في وحدان حديث أو دليل يدل على الثبوت.

(١) سنن دارقطني ٢٨٠٣ حديث ٩٠٣.

(٢) التهذيب ١٩٣: ٦ حديث ٤٢٠، الامتصار ٨: ٣ حديث ١٩.



ومعه، فإن عاد بعوض كالشراء فإن وفي لبائع الثاني الثمن فكالأول، وإلا  
احتمل عوده إلى الأول سبق حقه، وإلى الثاني لقرب حقه وتساويهما،  
فتضرب كل بنصف الثمن.

قوله: (ومعه فإن عاد بعوض كالشراء، فإن وفي البائع الثاني  
الثمن فكالأول).

أي: ومع الرجوع، أي مع القبول بالرجوع في مسألة العود بغير عوض  
لوعاد بعوض كالشراء، فما أن يكون قد وفي المشتري البائع الثمن ثم أفلس أو لا.  
فإن كان قد وقاه، فأحكم فيه كحكم في الأول، يعني العود بغير عوض،  
فيحيى فيه على تقدير ثبوت رجوع في العود وجهان: الرجوع وعدمه، مثل  
الوجهين السابقين.

وجه عدم الرجوع. أن العود لما كان بمعاوضة توجب سلطة لبائع الثاني،  
إذ المعاوضة ماسطة الرجوع به. فلا يبقى للأول رجوع، لامتناع ثبوت حق الثاني مع  
بقاء حق الأول.

وجه الرجوع: أنه استحقاق البائع الثاني الرجوع، أي هو مع عدم توفيه  
الثمن، فإذا وقاه الثمن لم يبق له ما يقتضي استحقاق الرجوع، فيروى امتناع من حق  
الأول.

وإما يفرع هذان لاحتتملان على تقدير ثبوت الرجوع في المسألة الأولى  
لامطلقاً، لأنه على تقدير عدم الرجوع ثمة فعنده هنا بطريق أولى، وعلى تقدير  
ثبوته ثمة لا يلزم ثبوته هنا كما بيانه، والفتوى في هذه كالتالي قبلها.

قوله: (وإلا احتمل عوده إلى الأول لسبق حقه، وإلى الثاني لقرب  
حقه وتساويهما، فيضرب كل بنصف الثمن).

أي: وإن لم يوف لبائع ثمن في إذا عاد بمعاوضة، ففيه احتمالات  
ثلاثة:

أحدها: استحقاق الأول الرجوع، لأن حقه سابق، وفيه نظر، فإن

الثاني: عدم التغير، فإن طرأ عيب بفعله، أو من قبله تعالى فليس له إلا الرضى به، أو يضارب بالثمن إن كان العيب لا يفرد بالعقد.

السبق معدومة لأحقية الرجوع، فانه حين صدور المعمة الثانية لم يكن للأول حق الرجوع، فكيف يكون حقه أسبق؟  
نعم يجيء ذلك على القول بأن وجود سبب كوجود المسبب، وفيه ما عرفت.

ثاني: كون حق الرجوع لشيء في أقرب حقه، لأن المقتضى لاستحقاق الرجوع إنما هو في حقه، كما بيناه.  
ثالث: تساويهما في الرجوع، فيكون يمكن واحد منهما الرجوع نصف العين ونصف الثمن، لتكافؤ التيسير.

وفيه نظر، لما ساء من أن الأول لا أحقة له حال المعوضة الثانية، وبعد الفس يمنع ثبوتها، لأن حق الثاني الناشئ عن المعاوضة الثانية مانع، ودلت لأن ثبوتها يستلزم ثبوت لوازمها، ولا لم تكن صحيحة، إذ لا يعي بعد الصحيح إلا ما لم يترتب أثره عليه، وهذا من محبتها، وحسنه يجب رفع لوازم الأولى، لأن السبب الطارئ مريل للوازم حسب السبق، ولا لم يكن صحيحاً.

ولهذا لو انتقلت العين قبل الإفلاس ثم لم يعد، لم يكن للأول الرجوع قولاً واحداً، عملاً بمقتضى لسبب الطارئ، وموافق السبق الذي ذكره لوجب اعتباره هنا.

ومما قرره يظهر أن الاحتمال الثاني أقوى، وهذا كله متفرع على القول بثبوت الرجوع في المسألة الأولى، فهو معناه ثم متع بها بالنسبة إلى الأول وحهاً واحداً بطريق أولى.

قوله: (الثاني: عدم التغير، فلو طرأ عيب بفعله أو من قبله تعالى، فليس له إلا الرضى به، أو يضارب بالثمن إن كان العيب لا يفرد بالعقد،

## ولا يتقسط عليه الثمن، وهو نقصان الصفة،

ولا يتقسط عليه الثمن وهو نقصان الصفة).

من شرطي المعوض - من جهة شروط الرجوع - عدم تغير العين، فلو تغيرت، فأما بالنقصان، أو بالزيادة، فإن كان بالنقصان بطرؤ عيب، فأما من قبل المشتري، أو من قبل البائع، أو من قبل أحبي، أو من قبله تعالى وتقدس بأفة سماوية.

فإن كان بأفة سماوية فلا يخلو، إما أن يكون العيب - أعني: التالف منه، فكأنه إسم للمصدر أو مستعمل محازي - بحيث يمس إفراده بالعقد - أي: بحيث يباع مستقلاً ويتقسط عليه الثمن - أولاً.

فالأول مثل عيبه من عهدين، والثاني مثل يد العبد وحرفته، فإن ليد لا تعذر بالعقد ولا يتقسط عليها الثمن، فإن ثمن في معادل العبد مثلاً، وبغواب يده لا يخرج عن كونه العبد المخصوص، وفيه ما فيه.

فإن كان الثاني لم يكن يبيع إلا برضى به على تلك الحال، أو انضرب بالثمن مع العراء عند المصنف و لشيخ<sup>(١)</sup> وكثر الاصحاب<sup>(٢)</sup>، لأن البائع لاحق له في العين إلا بالفسخ المتحدد بعد العيب، وإما حقه قبل الفسخ في الثمن، فلم تكن العين مضمونة، فلم يكن له الرجوع بأرش.

وأطلق ابن الحنفية<sup>(٣)</sup> القول باستحقاق أرش النقصان، وقواه المصنف في المختلف<sup>(٤)</sup>، وهو قوي متين، لأنه لما فسخ المعاوضة وجب أن يرد إلى كل واحد منها ما له، فإن كان ماقياً رجع به، وإن كان تالفاً رجع ببدله كائناً ما كان، والفرق بين الكل والأبغاض ضعيف.

(١) المبسوط ٢: ٢٥٢

(٢) مهم: لفتح في الشرائع ٢: ٩٩، والشهد في اللغة: ١٣٥.

(٣) المختلف: ٤٢٧.

(٤) المختلف: ٤٢٧.

وقولهم: إن البائع لم يكس له حق في العين إلا بعد الفسخ مسلّم، لكن إذا فسخ وحب أن يعود إليه جميع ما جرى عليه العقد، عملاً بمقتضى إبطال المعاوضة.

وقولهم: إن العين في يد المشتري لم تكن مضمونة للبائع مسلّم، لكنها مضمونة عليه في الجملة، على معنى أنها لو تلفت أو شيء منها كان التلف من ماله، لأن المقبوض بمقود المعاوضة كلّ مضمون به المعنى، فإذا ارتفع عقد المعاوضة وجب أن يرجع كل من العوضين إلى مالكه. على أن هذا الدليل مقبوض في العوض الذي لم يفسد من الثمن، وبخاتمة الأحني، وإن مقتضى الدليل عدم ضمانه، وهم لا يقولون به، على أن القول بأن رد العقد مثلاً لا يفسد ما من الثمن من الأمور المستحقّة. فإن من المعلوم الشرعي أنه لو لا وجود اليد، لم يبدل المشتري جميع الثمن المخصوص في مقابلة العبد.

وإن كان التعيب بفعل المشتري - وهو المتبادر من العبارة إردته، إذ السابق إلى الفهم أن الضمير في قوله: (يفعله) يعود إلى المشتري - فأصح الوجهين عندهم أنه كالأفة السماوية، لما سبق من تعليل، وباحتمل كونه كحماية الأحني، لأن إتلاف المشتري نقص واستيفاء، فكأنه صرف جزءاً من المبيع إلى غرضه، كذا ذكر في التذكرة<sup>(١)</sup>، وأبى حميد<sup>(٢)</sup> على أصله من ثبوت الضمان هنا أيضاً، بل يكون بطريق أولى.

وإن كان التعيب بفعل البائع فهو كالأحني لا محالة، لأنه جنى على ما ليس بمملوك له ولا في ضمانه، وهذا لم يذكره المصنف، ويمكن ادعاء اندراجه في قوله: (وإن كان بحماية أحني...).

(١) التذكرة ٢: ٦٤.

(٢) المختلف: ٤٢٧.

وإن كان مجنانية أجنبي أخذه الساع وضرب بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة، لا بأرش الجناية، إذ قد يكون كل الثمن، كما لو اشترى عبداً بمائة يساوي مائتين فقطعت يده فيأخذ العبد والثمن، وهو باطل.

قوله: (وإن كان مجنونة أجنبي أخذه البائع، وضرب بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة، لا بأرش الجناية، إذ قد يكون كل الثمن، كما لو اشترى عبداً بمائة يساوي مائتين، فقطعت يده، فيأخذ العبد والثمن، وهو باطل).

هذا هو القسم الأخير وهو الرابع، وهو ثالث ما ذكره في العبارة، وهو أن يكون التعيب مجنونة أجنبي، فإن الأجنبي يثبت عليه الأرش لمنفلس، وهو طاهر، فثبت للبائع بعد الفسخ موقفي الجناية على المنفلس، فيضارب بفرماه به، لأن المشتري أحد مدلاً للنقصان وكان مستحقاً للبائع، فلا يجوز تضييعه عليه.

مخلاف التعيب بالآفة السماوية، حيث لم يكن لها عوض، كذا علل في التذكرة<sup>(١)</sup>، وفيه نظر، فإن المشتري استحق أخذ بدل النقصان في وقت لم تكن العين مصمومة عليه، ولم يستحقها البائع إلا بعد الفسخ، ولم تكن حينئذ إلا معيبة، فلم يكره إلا برضى أو إزاماً لهم ما ذكره من التعيب سابقاً.

ولتمثيل الصحيح: أن الفسخ للمعاوضة يوجب رجوع كل من المتعاضين إلى ماله، فيحب رده عليه كاملاً، لأنه إنما قبضه في مقابلة العوض الآخر، وقد فات بالفسخ، فإن فسخ المعاوضة يقتضي الفسخ في المجموع، لا في بعض دون بعض.

إذ عرفت ذلك، فبما عني قوله: يرجع البائع على المنفلس في الصورة المذكورة بجزء من الثمن، نسبه إليه كسبة بنقصان القيمة إليه، ولا يرجع بأرش الجناية كائناً ما كان، لإمكان كونه بقدر الثمن فيما لو كان بعد يساوي مائتين،

وقد اشتره بمائة وحى عليه بقطع يده، ود ارسها نصف بقيمة وهو مائة.  
وربما كان يقصد القيمة السوقية كدست، فهو مستحق الدائع الرجوع  
بالأرش رجوع بالعدد ومائة، فيجتمع به ثمن و ثمن، وهو معنوه البطالان.  
وحكى المصنف في المحلف عن ابن حبيب: أحد العبد المقتبض تقسمته  
ورجوعه بنفسه اندلف من القيمة، وقوه<sup>(١)</sup>، وهو الموفق للأصول. ود المصحح  
يوجب العود إلى عن المال، فما دلت بها يجب الرجوع إلى قيمته في نفسه  
ومذكوره من بروم الجمع من ثمن و ثمن، لأن بعد المصحح يأخذ  
بذلك جزء ثلث من العبد، لا على أنه ثمن وبه كذا بقدر ثمن، واستمع بما  
هو أحد واحد لعين كنهها، وعوضها الذي هو محسوب ثماً لها، وهذا هو المختار.  
بذلك ثبت هذا، فهل رجوع ناقص القيمة السوقية، باعتبار العبد،  
المخصوص، أو بأرش الحياة لمقدر شرعاً من قيمته، حيث يكون لها مقدر؟ طاهر  
عبارة في قوله. (والا فمقصود القيمة) لأول، وهو صريح كلامه في  
الذكر<sup>(٢)</sup>، لأن تفسيره هو في الحدوت، وقد للأصول فينقسط بعضها عن  
بعض باعتبار القيمة، ولما لا يستحق المشتري عن ثلث في أرش العبد المصحح، إلا  
بمقصود القيمة السوقية فقط، وهو موضحه ثمن.

وعدم: أن قول المصنف: (لا بأرش حدية...) فيه قصور عن بيان  
مدعاه، لأن المدعى رجوعه نسبة المصفاة من ثمن، لا بنفس نقصان القيمة  
السوقية، ولا بأرش الحياة، فكان عليه أن يصرح بنسبة نقصان القيمة من  
الثلث، لا بنفس سلفها، ولا بمقدر الحدية، بروم المحدور إلى آخره. ود المحدور  
لأرم على التفسيرين، فانه ربما كان يقصد القيمة السوقية أيضاً مستوعباً للثمن،  
كمقدر الجنابة، فيحيى المحدور عنده.

(١) مختلف: ٤٧٧.

(٢) لتذكرة ٦٤، ٢.

هذا إن نقص الثمن عن القيمة، وإلا فنقصان القيمة.

ولو كان للتالف قسط من الثمن، كعبد من عبيد، فلبائع أخذ الباقي بحصته من الثمن، والضرب بثلث التالف.

قوله: (هذا إن نقص الثمن عن القيمة، وإلا فنقصان القيمة).

أي: هذا الحكم الذي ذكرناه - وهو: الرجوع بحره من الثمن، بسببه إليه كسنة نقصان القيمة إليها - بما هو حيث يكون الثمن ناقصاً عن القيمة، حداً من لزوم ما زعموا أنه لارم وباطل، وإن لم يكن الثمن أنقص من القيمة، سواء كان مساوياً أو أريد، فالرجوع بنقصان القيمة، إذ هو عوض العنت من العين، والمحدور المذكور منتف.

ولقائل أن يقول: إن كان المصح موحياً لقيمة العانت من العين وحب اعتبار القيمة مطلقاً، أو لحصة من ثمن وحب أيضاً اعتباره مطلقاً، ولا وجه للمفاوئة بين الأقسام في الحكم أصلاً، والمحدور الذي ذكره ليس بشيء.

قوله: (ولو كان للتالف قسط من الثمن كعبد من عبيد، فلبائع أخذ الباقي بحصته من الثمن، والضرب بثلث التالف).

إذا كان للتالف من لمبيع في يد المفسد قسط من الثمن، حيث أنه يمكن إفراده بالمبيع، فلا يكون اندراجه في المبيع بطريق التبعية، كما في اليد التي لاتناع إلا تبعاً للعبد، وليس لها قسط من الثمن على ما ذكره، وذلك كعبد من عبيد، فإن لبائع الفسخ في الباقي، وأحده بحسب حصته من ثمن ويقسط، ويعبر بحصة التالف من الثمن، هذا كلام المصنف، وفيه نظر من وحوه:

أ: إن أخذ الباقي بحصته من الثمن، إن كان على طريق المعاوضة، توقف على رضی المستحقين وصدور لعقد على الوجه المعتبر شرعاً، ولا يقوله أحد، وإن كان على جهة الفسخ، فلا معنى لأخذه بحصته من الثمن، بل يفسخ ويأخذه.

ب: إن الفسخ فيه وحده يقتضي تبعض الصفقة، وذلك غير جائز.

ج: أنه أطلق الضرب بحصته من الثمن، وذلك لا يستقيم على أصله، بل

يجب أن يقيد بما إذا كانت القيمة تزيد من الثمن هرباً من المحذور السابق، فإن ساوت أو نقصت فيجب عنده الضرب بنقصانها كما سبق.

والذي يقتضيه النظر أنه يفسخ المعاوضة مطلقاً أو يترك مطلقاً، حذراً من لزوم تبعض الصفقة، أو يقال: يطر حيث يكون على المفسس ضرر يفسح في الموحود، فيأخذه وتسقط حصته من الثمن ويبقى البيع في الآخر بحاله، فيصرب حصته من الثمن، وذلك حيث تكون القيمة تزيد من الثمن.

أما إذا كانت أنقص أو مساوية، فإنه يأخذ حصص من القيمة ولا يمنع ذلك، لكون لعدد بمزلة معين، نظراً إلى أن لكل منها قسطاً من الثمن، وإن كان في الثاني مناقشة، لأن المبع من تبعض الصفقة لحق كل منها وإطلاق كلام ابن الحنيد<sup>(١)</sup> يقتضي الفسخ في الجميع وأخذ الباقي بقيمته ويصرب بقيمة البائع، وقواء المصنف في المختلف<sup>(٢)</sup>، وقوته بيته.

وعلى كل حال، فقول المصنف: (أخذ الباقي محصته من الثمن) لا يستقيم على ظاهره.

واعلم: أنه لا فرق بين كون التلف والتعيب في هذه الصورة قبل الحجر أو بعده، لأن الفسخ يوجب الرجوع إلى مجموع العين كما قلناه.

نعم قد يقال: ينبغي أن يكون ما ذكره المصنف والجماعة مخصوصاً بما إذا كان التلف قبل الحجر، أما بعده فيجب أن يحموه كتلف بعض المبيع في زمان الخيار.

واعلم: أن الاعتبار بالقيمة حيث يعتبر حين التلف، لأنه وقت الانتقال إلى البدل.



ولو قبض نصف الثمن، وتسوى العبدان قيمة، وتلف أحدهما  
احتمل: حمل المقبوض في مقابلة التالف فيضرب بالباقي أو يأخذ العد  
الباقي، وعدم الرجوع أصلاً بل يضرب بالباقي خاصة، لا التقسيط للتضرر  
بالشركة.

قوله: (ولو قبض نصف الثمن وتسوى العبدان قيمة وتلف  
أحدهما، احتمل حمل المقبوض في مقابلة التالف، فيضرب بالباقي أو يأخذ  
العبد الباقي، وعدم الرجوع أصلاً، بل يضرب بالباقي خاصة لا التقسيط،  
للتضرر بالشركة).

#### الأقوال ثلاثة :

أول: حمل المقبوض في معاسة التالف، ويشحير في الصرب بالباقي مع  
الغرماء، ويأخذ العد الباقي، وهو قول ابن الحسيد<sup>(١)</sup>، لأن له الرجوع في كل  
العين مع بقاء الحق كنه، فيمكن له الرجوع في الباقي منها إذا ساوت مانعي من  
الحق، ولأن الباقي يتساوله عموم الحق، فيثبت الرجوع فيه.

وإنما يتحقق استحقاق الرجوع إذ لم يكن قد قضى من ثمن العين شيئاً،  
فليحمل المقبوض في مقابيل التالف، وكل ذلك ضعيف، لأن فيه مع تبعض  
الصفة مقابلة المقبوض بالتالف.

ولا مقتضي له، فالجدة الثمن في مقابل جملة المبيع، ولا أولوية لكون  
المقبوض في مقابل التالف على كونه في مقابيل الباقي، فيتمين التوزيع، وحيث  
فلا يكون الباقي عين مال لم يقبض عوضها.

الثاني: أن يرجع بنصف الموجود ويضرب بربع الثمن مع الغرماء إن شاء،  
أو يضرب بما بقي من الثمن، وهو قول ابن البراج<sup>(٢)</sup> عملاً بالتقسيط، لأنه باعتباره  
يكون نصف الباقي عين ماله التي لم يقبض عوضها، فيثبت له الرجوع فيها.

(١) نقله عنه العلامة في المختلف: ١٢٧، ومخر المصنفين في إصباح الفوائد ٢، ٧٥.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٢٧.

ولو تغير بالزيادة المتصلة كالسمن، والنحو، وتعلم الصنعة فلبائع الرجوع مجانياً. وبالمنفصلة كالولد و ثمرة برجع في لأصل خاصة بجميع الثمن.

ويستف ما أن فيه مع الفسخ في لبعض المقتضي لتسييض الصفقة لزوم ضرر الشركة، وكلاهما محذور.

الثالث: عدم الرجوع أصلاً، لانتماء لمقتضي، ومسح تساوي الخبر لهذا الفرد، ولقول النبي صلى الله عليه وآله: «وإن كان قد قبض من ثمنه شيئاً فهو أسوة الغرماء»<sup>(١)</sup> ولصير يعود إلى المتاع المبيع، فيقتضي تعلق الحكم بحبيبه، على أن قد بينا لزوم التقييد.

واعلم: أن الأصحاب إما قرئوا تساوي لعبدية قيمة، ليكون ما بقي من الثمن متعلقاً على الباقي، وهذا متحقق لو بقي ثلث، ثمن، وكان الباقي قيمته ثلث قيمة المجموع، وعلى هذا.

قوله: (ولو تغير بالزيادة المتصلة كسمن والنحو وتعلم الصنعة، فلبائع الرجوع مجانياً).

أي: يأخذ العين مع الريادة، ولا يجب عليه لأحدها عوص، وهذا قول الشيخ<sup>(٢)</sup> وجاعة، لأن هذه الزيادة محض صفة، وليست من فعل المفس فتعد مالاً له.

وقال ابن الجنيدي<sup>(٣)</sup>، واختاره مصنف في التذكرة<sup>(٤)</sup> والختلف<sup>(٥)</sup>: إن الريادة للمفس، لأنها مما في ملكه، وليس كونه ملكاً له مشروطاً بكونها من

(١) سنن ابن ماجة ٢/ ٧٩٠ حديث ٢٣٥٩ وفيه: فهو أسوة للغرماء

(٢) قاله في المبسوط ٢/ ٢٥٢

(٣) نقله عنه في الختلف ١/ ٤٢٧

(٤) بتذكرة ٢/ ٦٥٠

(٥) الختلف: ٤٢٧.

ولو صار الحب زرعاً، والبيضة فرخاً لم يرجع في العين.  
ولو حبلت بعد البيع، أو حملت النحلة بعده لم يكن له الرجوع في  
الثمرة وإن لم تؤبر، ولا في الولد وإن كان جنيناً،

فعله، ولأن الرجوع في عين عن خلاف الأصل، فيقتصر فيه على ما إذا لم ينزم  
فوات مال المفلس، وهذا هو الأصح، فيجب إذا رجع في العين أن يكون شريكاً  
للمفلس بمقدار الزيادة.

فان قيل: ما الفرق بين الزيادة ههنا وبينها في موضع الخيار إذ يرجع بعد  
الفسخ في مجموع العين؟  
قلت: مستحق الرجوع ثابت هناك في كل وقت بأصل العقد، بخلافه  
ههنا فان الاستحقاق محاري بالجر.

قوله: (ولو صار الحب زرعاً والبيضة فرخاً لم يرجع في العين).  
لأن هذا مال آخرو عن أخرى حيث صارت الحقيقة غير الحقيقة.  
فان قيل: فلم يستحق الرجوع في العصب؟  
قلنا: لأن اعتبر هناك كان في ملك المعصوم منه، بخلاف ما ههنا، لأن  
التغير في ملك المفلس.

قوله: (ولو حبلت بعد البيع أو حملت النحلة بعده لم يكن له  
الرجوع في الثمرة وإن لم تؤبر، ولا في الولد وإن كان جنيناً).  
أي: لو كان المبيع حارية فحبلت بعد البيع لاقبله، لأن الحمل حينئذ  
يكون جزءاً من المبيع فيستحق الرجوع به، أو كان نحلة فأنثرت بعده أيضاً لاقبله  
بمثل ما قبله، لم يكن للعزم رجوع في ثمرة وإن لم تؤبر، بخلاف البيع حيث أنها  
للمشتري إذ لم تكن مؤثرة وقت العقد، لأن ذلك ثبت بالنص على خلاف  
الأصل فلا يتعدى.

وهذا هو من تخصيص الحكم بالنحلة بالذكر، وإلا فساتر الأشجار المثمرة  
كذلك، لكن لما لم يكن فيها اختلاف بين البيع وغيره لم يتعرض إليها، فإما متى

وعلى البائع إبقاؤها إلى الحداد، وكذا إبقاء زرعها من غير أجره لو فسخ بيع الأرض وقد شغلها.

أما لو آجر أرضاً فزرع المستأجر ونفس ففسخ المؤجر ترك الزرع إلى الحصاد بأجرة لمثل؛ لأن مورد المعاوضة هناك الرقبة وقد أخذها، وهنا المنفعة ولم يتمكن من استيفائها.

وجدت الثمرة فهي ملك لمن حدثت في ملكه.

وكذا القول في الولد لا يكون للمريم فيه حق، لمثل ما قلناه، ولا فرق في ذلك بين انفصاله، وكونه جسيماً وقت الرجوع، وقول الشيخ في البيع: إن الحمل حظه من الأم<sup>(١)</sup> ضعيف.

فرع: يجب في الرجوع بالأمة إذا تجدد وبعدها مبيعة عدم التعريق بينها وبين لولده، على ما سبق في البيع<sup>(٢)</sup>.

قوله: (وعلى البائع إبقاؤها إلى الحداد، وكذا إبقاء زرعها من غير أجره لو فسخ بيع الأرض وقد شغلها، أما برآجر أرضاً فزرع المستأجر وأفسس، ففسخ المؤجر، ترك الزرع إلى الحصاد بأجرة المثل، لأن مورد المعاوضة هناك الرقبة وقد أخذها، وهنا المنفعة ولم يتمكن من استيفائها). الحداد يفتح أوله وكسره والمهمسين: الصرام، ولورد ثمرة النحلة، وكذا كل ثمرة يحب إبقاؤها إلى أوان أحدها غير أجرة، وإبقاء الحمل إلى أوان الوضع أمر معلوم.

وكذا إبقاء الزرع فيما لو كان المسع أرضاً وفسخ البائع بعد شغل المسع إتيانها بالزرع، فإنه في هذه المواضع كلها يجب إبقاءها إلى زمان الأخذ عرفاً بغير أجرة، وذلك لأنه دخل بالبيع على أن المنافع له، فيما زرعه كان زرعه للملك، وقد

(١) لمبسوط ٢، ١٥٦.

(٢) هذا الصرح ورد في «م» قبل قوله: (ولو صار الحب زرعاً)، وأثبتناه هنا كما في «ق»، وهو الأنسب.

ولو أفلس بعد الغرس أو ابناء فليس للبائع الإزالة، ولا مع  
الأرض على رأي،

استحق زرعه مجاناً واستوى مفعة الأرض بدسك، فلا أجرة عليه إلى زمان الأجر.  
بخلاف ما لو أفلس استأجر للأرض بعد زرعه إيها، فإن المؤجر إذا مسح  
يجب عليه الإبقاء بأجرة المثل إلى زمان الحصاد.

أما وحبوب الإبقاء فلا تارة زرعه محترم، وأما كونه بأجرة المثل فلا تارة مورد  
المفاوضة هناك. أي: في مسألة شراء الأرض. الرقة فإذا مسح البائع أحد الرقة،  
فترتب على المسح عود البيع في ملك البائع، ولا يلزم عود المفعة التي استحقها  
المعلس بالزرع.

وهنا - أي في مسألة إجارة الأرض - مورد العقد هو المفعة، فاد. مسح  
المؤجر ووجب عليه الإبقاء لم يمكن من سنيانها، فليست حق عوضها، وإلا لم يكن  
للمسح فائدة، ولأن المفعة بعد العقد لم يستحقها المعلس مجاناً، فكيف يستحقها  
بعد المسح بغير عوض؟ وبما قريراه يظهر دليل وحبوب إبقاء اثره مجاناً.

قوله: (ولو أفلس بعد الغرس أو البناء، فليس للبائع الإزالة ولا مع  
الأرض على رأي).

هذا اختيار المحقق نعم بن سعيد<sup>(١)</sup>، ووجهه أن هذا من جهة المسح  
التي استحقها المشتري، وقد استوفاه بحق، وعمره وساؤه صدر بحق، فلا يجوز  
إزالته بدون الأرض ولا معه.

وقال الشيخ في المبسوط: إن به الإزالة مع الأرض<sup>(٢)</sup>، وقد يستدل عليه  
بظاهر الخبر، فإن المتبادر من رجوع إلى العين واستحقاقها الرجوع إليها بمساحتها،  
لأن العين التي قد استوفيت مدفعها بمنزلة المعلوم.

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩٢.

(٢) مبسوط ٢: ٢٥٩-٢٦٠.

بل يباعان فلبائع مقابل الأرض.

ولو امتنع بيعت الغروس والأبنية منفردة.

وامرق بين العرس والبناء وبين الررع و شرة. أن لها أمداً قريباً ينتظر، فلا تعد العين معه كالتساقفة بخلاف العرس و لساء، ولما في ذلك من الضر العظيم، وهو استحقاق منفعة العير دائماً، ومثله ما لو أحر العين مدة طويلة جداً ثم أفلس، وبالحملة فالتوقف في المسألة مجال.

ولا يخفى أنه لس للبائع تملكها بالقيمة، وعلى لقول بالارالة مع الارش فطريق تقديره، أن يقوم الغرس قائماً ومملوفاً، وأرشه هو تساوت لاقائماً بالأجرة، لأنها لا تحب.

قوله: (بل يباعان، فلبائع مقابل الأرض).

أي: ساء على القول بعدم استحقاق بائع بعد الفسخ الارالة ولا مع الأرض، الطريق في وصول الحق إلى مستحقه: أن تبع الأرض مع ما فيها من الغرس أو البناء، فلبائع ما يقابل الأرض.

وطريق معرفته: أن تقوم الأرض وما فيها معاً، ثم تقوم الأرض مشعولة بالبناء أو العرس مع استحقاق الإنقاء بجائاً، ونسب قيمتها إلى مجموع القيمتين، فما قابلها من الثمن بعد التقسيط هو مقابل الأرض، وما بقي لصاحب البناء أو الغرس.

قوله: (ولو امتنع بيعت الغروس والأبنية منفردة).

أي: لو امتنع البائع من بيع الأرض - وإن بيع مسكه عليه غير لازم - بيعت الغروس والأبنية منفردة - أي: وحدها - بدون الأرض التي عادت إلى البائع بالفسخ، حيث أنها مال المفلس، ولا بد من بيع أمواله لحقوق الغرماء، وإن تباع على حالتها التي هي عليها من كونها في أرض غير مستحقة للإنقاء محاناً، على ما اختاره المصنف.

ولو أفلس بثمان العرس فلصاحبه قنعه مع عدم الزيادة، وعليه تسوية الحفر.

ولو أفلس بثمان الغرس وثمان الأرض فلكل منها قنع الغرس إذا لم يزد، لكن لو قلع صاحب الأرض لم يكن عليه أرش؛ لأن صاحب الغرس دفعه مقلوعاً. وإن قنع صاحب الغرس ضمن طم الحفر؛ لأنه لتخليص ماله.

ويشكر على هذا: أنه ينزج<sup>(١)</sup> من بيع العروس والأنسية مفردة بقصا في القيمة، ويرده أن استحقاقه إنما هو كذلك فلا يشت غيره.

قوله: (ولو أفلس بثمان الغرس، فلصاحبه قنعه مع عدم الزيادة وعليه تسوية الحفر).

أي: لو اشترى عرساً وأفلس بثمانه، بأب قصر ماله عن الثمن مع ديون أخرى أو بدونها وحجر عيه، فلصاحب الغرس الرجوع به وله قنعه، لأن له تخليص ماله من ملك الغير، لكن تجب عليه تسوية الحفر التي احتقرها للقيع، لأن ذلك لمصلحته وتخليص ماله.

وفهم من قوله: (مع عدم الزيادة) أنه لو راد لم يكن له القلع، وهو مناف لما سبق في كلامه من كون الزيادة بالنمو للبائع إذا رجع، أما على ما قلده من أن الزيادة للمفلس، فمعها له الرجوع وليس به القلع، لأنه شريك.

قوله: (ولو أفلس بثمان الغرس وثمان الأرض، فلكل منها قنع الغرس إذا لم يزد، لكن لو قنع صاحب الأرض لم يكن عليه أرش، لأن صاحب الغرس دفعه مقلوعاً، وإن قلع صاحب الغرس ضمن طم الحفر، لأنه لتخليص ماله).

أي: إذا اشترى من رجل أرضاً فارعة، واشترى من آخر غرساً وغرسه في

(١) في «م» و «ق»: لو يوزم، وما أنبتاه من المحري، وهو الصحيح.

تلك الأرض، ثم نفس ثمن كل من الأرض والغرس، حيث أنها دين عليه، فلكل من صاحب لأرض وصاحب العرس الفسخ والرجوع إلى ماله، ولكل منها تخصيص ما به من مال الآخر، لأن صاحب العرس لم يكن يستحق منفعة الأرض، وإنما استحقها المفلس بالشراء، وقد رل هذا لاستحقاق بفسخ كل منها، فإن الغرس بعد الفسخ ليس للمفلس لبقى استحقاق المنفعة له في الأرض بعد فسخ بائعها.

فسطر حسنٌ إن أراد القنع صاحب الأرض كان له ذلك، فإذا قلع بنفسه لم يكن عليه أرش، لأن صاحب العرس إنما دفعه مقلوعاً، فبالفسخ يستحقه كما كان، وإن أرد انطلع صاحب الغرس كان له ذلك.

فإذا قلع نفسه ضمن ظم الحفر لصاحب الأرض، لأن ذلك إحداث في ملك الغير لتخليص ماله ومصلحته بسبب فعل غير مصحون، إذا لم يكن العرس في الأرض عدواناً.

وبفهم من قول المصنف: (إذا لم يرد) أن العرس لو زاد لم يكن له القنع، وهو صحيح على ما قلناه من أن الزيادة للمفلس، أما على قول المصنف فيشكل.

### فرعان:

أ: هل لكس منها مطالبة الآخر بتخليص ماله من مال الآخر؟ الظاهر لا، لأن العرس لم يقع من واحد منها بغير حق، وبما ذلك فعل المفلس حين كان مالكاً للعين والاستماع، نعم لكل واحد توي ذلك وإن لم يادن الحاكم، ولو استأذنه كان أولى.

ب. لو كان العرس حين بيع الأرض صالحاً للاستنات، وحين الفسخ حرج عن نك الصلاحية أو نقصت، هل يستحق صاحبه على صاحب الأرض الأرض لو قلعه صاحب الأرض؟

مقتضى تعيل المصنف في المسألة السابقة - يكون صاحب الغرس دفعه



ولصاحب الزيت لرجوع وإن خلطه بمثله، أو أردأ لا بأجود.

ويحتمل الرجوع، فيباعان ويرجع بنسبة عينه من القيمة، فلو كان قيمة العين درهماً والمزوح ٣ درهين يبت وأخذ ثلث ثمن.

مقلوعاً. الاستحقاق، لأنه دفعه مقبوعاً على حالة مخصوصة، ودافع الآن نزول تلك الحالة.

ويحتمل أن لا يكون له شيء، لأن منعة الأرض بعد المسخ بائعها، لأن الغرس حينئذ ليس للمفسس فيستحق بهاءه، لأن الغرس مسخ صاحب الأرض أيضاً.

قوله: (ولصاحب الزيت لرجوع وإن خلطه بمثله أو أردأ لا بالأحود، ويحتمل الرجوع، فيباعان ويرجع بنسبة عينه من القيمة، فلو كانت قيمة العين درهماً و لمزوح ٣ درهين يبتا وأخذ ثلث الثمن).

اعلم: أن الأول الذي أفق به المصنف هو مختار الشيخ<sup>(١)</sup> وجماعة، لأن الخلط بمثله لا يريد به على الشركة، فيرجع بالعين وعمرها بالقيمة، وكذا لو خلط بالأردأ، لأنه قد رضي بدون مثل حقه، فأما إذا خلطت بالأحود فهي كالتساقط، فلا يكون له حق في العين. وهذا ضعيف جداً، فإن الخلط بالأحود لا يصير بهن تالفة.

والاحتمال هو مختار ابن الحيد<sup>(٢)</sup>، وإليه ذهب المصنف في المختلف<sup>(٣)</sup>، كذا حمل لمصنف عبارة ابن الحيد، فإن ظاهرها فيه احتمال، وهذه عبارته بعد سوق المسألة: كان للبائع ثمن متاعه مستدأ به على الغرماء. وهو محتمل ثمن الأصل و لقيمة.

(١) المبسوط ١٢: ٢٩٢-٢٩٣.

(٢) المختلف: ٤٢٧.

(٣) المصدر السابق.

لكن يبطل لأول أن استحقاق ثمن كنه لا وجه له، لامشاعه مع الفسخ، وعدم استحقاق الجميع مع عنده، لأنه حيث أن أسوة الغرماء.  
فإن قيل: هل يجاب البائع لو طلب بقسمة بعد الرجوع، والمخلوط به المثل أو الأردأ؟

قلت: يحتمل أن لا يجاب، لأن الخلط لم يكن على طريق الاشتراك، وإنما وقع ذلك من المجلس حين كان مالاً لكل من المخلطين، فلو أحياء إلى القسمة لم تملكه بعض مال المجلس، لامتناع فصل ملكه، وهو بطل.  
ولأن القائلين باستحقاق القيمة بالبيع بعد الرجوع لم يعصوا، فظاهرهم إطلاق احكام في الحالات كلها، وفي التحرير ثبت له المطالبة بالبيع في الخلط بالمثل والأردأ<sup>(١)</sup>.

و لحاصل أن قول الشح بسقوط الحق من الرجوع بالخلط بالأحود لأن العين كالتلعة ضعيف، لأن العين موحودة قطعاً، غاية ما هناك أنه تعذر تميزها، لكن لم يتعذر الرجوع إلى قيمتها بأن تباع، فكيف يسقط ذلك، وينحصر الأمر في الضرب بالثمن مع الغرماء؟

ونقل لشح قولاً، أنه يدفع إليه من عين الربت نسبة ما يخصه من القيمة، فإذا خلصت جرت بهجرة والقيمة ضعف، أعطى ثلثي حرة، ثم غلظه<sup>(٢)</sup>، والأصح هو الثاني، فحيث دأ كتاب قيمة عن مال لبايع درهماً والمزوح بها درهمين، بيعت وأخذ ثلث الثمن.

وينبغي أن يقال: لو امتنع من البيع بيع حق المجلس وحده وإن لم فيه نقصان عما لو بيعا جميعاً، لأن الخلط بفعله، وينتج من كلام القائلين باستحقاق الحصة من القيمة أنه لا بد من البيع، وكل محتمل.

(١) تحرير الأحكام ٢١٤٠١، وقد أثبت له المطالبة بالبيع في خلط بالأردأ فقط دون المثل، فامل.

(٢) البسيط ٢٦٣٠٢.

ولو كانت اريادة صفة محضة كطحن الحنطة، وخبر الطحين، وقصارة الثوب، ورياضة ابدانة، وما يستأجر على تحصيله سلمت الى البائع مجاناً؛ لأنها كالمتصلة من السمن وغيره. ويحتمل الشركة، لأنها زيادة حصت بفعل متقوم محترم فلا يضيع عليه، بخلاف الغاصب فإنه عدوان محض

قوله: (ولو كانت اريادة صفة محضة، كطحن الحنطة، وخبر الطحين، وقصارة الثوب، ورياضة الدابة، وما يستأجر على تحصيله سلمت الى البائع مجاناً، لأنها كالمتصلة من السمن وغيره، ويحتمل الشركة، لأنها زيادة حصت بفعل متقوم محترم، فلا يضيع عليه، بخلاف الغاصب فإنه عدوان محض).

من الريادة ما يكون عتاً محضة كولد، ومنها ما يكون صفة محضة كطحن الحنطة وخبر الدقيق، ومنها ما يتركب منها: فـالأول: سبق حكمه.

والثاني: هو المذكور هـ، وقد ذكر لمصنف فيه احتمالين: أحدهم: وهو ظاهر احتيـره، أنه كازيادة المتصلة من السمن وغيره، فالبائع الرجوع بها مجاناً، وتقريبه ماسبق.

والثاني: الشركة بينه وبين المفلس، فيكون المفلس شريكاً بها، ووجهه ما ذكره من أنها زيادة حصت بفعل متقوم محترم، وكل ما كان كذلك يجب أن لا يضيع على فاعله، وهذا بخلاف الغاصب، فإن فاعله عدوان محض، فلا يستحق باعتباره شيئاً.

فان قيس: أي فرق بين هـا، وبين نحو السمن والكر والتمو، فان ذلك آت؟

قنا: قد فرق المصنف في التذكرة بينهما، بأن القصارة ونحوها فعل القصار، فانه إذا قصر الثوب صدر مقصوراً بالضرورة، وكذا لصحن والخنز، وام

فبيع المقصور، فلمجلس من الثمن بنسبة مازد عن قيمته، فلو كانت قيمة الثوب خمسة وبلغ بالقصارة ستة فله سدس الثمن.  
ولو لم تزد القيمة فلا شركة،

السمن والكرفان العلف والسقي قد يوجد كثيراً ولا يحصل سمن ولا كرفان ولا يكون سمن وانكبر أثراً للسقي والعلف، فلا يكونان من فعل فاعلهما، بل هما محض صنع الله تعالى، ولهذا لا يجوز الاستحجار على تسعين الدابة وكرو الودي، ويجوز الاستحجار على القصارة ونحوها<sup>(١)</sup>.

هد محض ما فرق به، ولعله هذا حور الإشارة إلى هذا المرق بقوله:  
(وما يتأخر على تحصيله).

إذا عرفت هذا فلا حاجة بنا إلى هذا بحث ولفرق، لأننا جعل الريادة في الموضعين للمجلس.

قوله: (فبيع المقصور، فلمجلس من الثمن بنسبة مازاد من قيمته، فلو كانت قيمة الثوب خمسة وبلغ بالقصارة ستة، فله سدس الثمن).

هذا تفريع على الاحتمال الثاني، وهو الشركة، أي: فبإزاء على لشركة لا طريق إلى إيصال الحق إلى مستحقه، لا بيع مقصور، فيكون لنفس من ثمة الحاصل بالعماء ما بلغ بنسبة مازاد من قيمته بالقصارة، فهو كانت قيمة لثوب خمسة وبلغ بالقصارة ستة، فيبيع بما فوق الخمسة، فالمجلس سدس الثمن، وعلى هذا القياس.

قوله: (ولو لم تزد القيمة فلا شركة).

أي: هذا الذي [ذكر]<sup>(٢)</sup> من احتمال الشركة إما هو مع فرض زيادة للقيمة بالصفة المذكورة، أما على تقدير عدم الزيادة - سواء حصل نقصان أو لا - فلا شركة قطعاً، لأن عين مال البائع موحودة إذا لم تنصف بانضمام لصفة إليها،

(١) التذكرة ٢: ٦٩.

(٢) لم ترد في سحني «ق» و«م»، أثبتناها من الحجرى لاقتضاء انبىق لها.

فإن الحقنا الصفة بالأعيان كن للأجير على الطحن والقصارة حبس الدقيق والثوب لاستيفاء الأجرة، كما أن للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن، وإلا فلا، فإن تلف الثوب في يده فإن الحقنا الصفة بالعين لم يستحق الأجرة قبل التسليم كالبايع بتلف العين في يده قبل التسليم فإنه يسقط ثمنه، وإلا امتحق كأنه صار مسلماً بالفراغ.

ولا قيمة للصفة، فتمتنع الشركة، لأن أثر الشركة إنما يظهر في القيمة. و علم: أن الاعتبار بالقيمة مع الزيادة حين الرجوع، إلا أن تتجدد زيادة أخرى حين البيع فتعتبر ولوراد الثوب أحده فاما اعتبرت الزيادة، وكذا القصارة، ومع استقصاء فإن كان صارثاً على القيمة الثابتة وقت البيع، فانه يحل بالاستحقاق للقصارة، وإن كان زيادة حين الرجوع ثم طرأ النقصان، نظر إلى كل واحد منها منفرداً وأعطى حكمه.

قوله: (فإن الحقنا الصفة بالأعيان، كان للأجير على الطحن والقصارة حبس الدقيق والثوب لاستيفاء الأجرة، كما أن للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن، وإلا فلا).

هذا تعريض على الاحتمالين السابقين من الشركة وعدمها، فإن قلنا بالشركة فقد ألحقناها بالأعيان، فعينئذ يثبت الحكم، بأن له حبس الدقيق والثوب، لاستيفاء الأجرة، ولو جمعتها أثراً محضاً لم يكن له ذلك. ووجه البناء المذكور: إنها على تقدير إلحاقها بالأعيان يكون فعلاً له، فيستحق حبسه إلى أن يأخذ عوضه، وعلى الآخر لا فعل أصلاً، ولا يجوز حبس مال الغير لحق آخر.

قوله: (فإن تلف الثوب في يده، فإن الحقنا الصفة بالعين لم يستحق الأجرة قبل التسليم، كالبايع بتلف العين في يده قبل التسليم، فانه يسقط ثمنه، وإلا استحق، كأنه صار مسلماً بالفراغ).

ولو كانت الزيادة عيناً من وجه وصفة من وجه كصبغ الثوب، فإن لم تزد القيمة فلا شركة، وإن زادت بقدر قيمة الصبغ كما لو كانت قيمة الثوب أربعة، والصبغ درهين، والمصوغ ستة فللمفلس ثلث الثمن. وإن زادت أقل، كما لو كان مصبوعاً بحمصة فالتقصن على الصبغ لهلاكه وقيام الثوب.

هذا تفريع آخر أيضاً على الاحتمالين السابقين، ووجهه: أنه على تقدير اللاحق بالأعيان، يكون فعله الذي بعد ماله له مضموناً في يده إلى أن يسلمه إلى المستأجر، إذ هو أحد عوضي المعاوضة التي تقتضي وجوب التسليم من الطرفين، فالضرورة يكون مضموناً عليه إلى أن يستلمه، فيستحق العوض الآخر في مقابله. وعلى تقدير العدم استحق الأجرة ببراء من الاتيان بما استوخر عليه، والعين في يده أمانة، وقد عرف الراجح مما تقدم.

قوله: (ولو كانت الزيادة عيناً من وجه وصفة من وجه آخر كصبغ الثوب، فإن لم تزد القيمة فلا شركة، وإن ردت بقدر قيمة الصبغ، كما لو كانت قيمة الثوب أربعة والصبغ درهين والمصوغ ستة، فللمفلس ثلث الثمن).

هذا هو القسم الثالث من الأقسام المذكورة سابقاً، وهو تكون لزيادة عيناً من وجه وصفة من آخر، وذلك كصبغ ثوب، فإن احراء الصبغ عين قطعاً، وتلون الثوب بـ صفة، وهذا أيضاً متى لم ترد بقيمة بالصبغ وبحوه انتفت الشركة قولاً واحداً، كما ذكرناه سابقاً.

وإن زادت، فاما أن تكون لزيادة بقدر قيمة الصبغ، أو أقل، أو أكثر، فالأقسام ثلاثة، هي الأول يستحق للمفس الرشد، وهو ثلث الثمن في المثال المذكور - قيمة الصبغ - ولا يكون في مقابل الصفة شيء، لانتفاء الزيادة باعتبارها.

قوله: (وإن زادت أقل، فالتقصن على الصبغ، لهلاكه وقيام الثوب).

ولو ساوي ثمانية، فإن لحقنا لصفة بالأعيان فالزيادة للمفلس،  
فالثمن نصفان، وإلا احتمل تخصيص السئع فالثمن أرباعاً، أو لبسط فالثمن  
أثلاثاً.

هذا هو القسم الثاني من الأقسام المذكورة آنفاً، وحكمه ما ذكره،  
وتوضيح ما عسر به: أنه لما كانت عين الثوب قائمة بحالها لم تتمير، وأحراء الصبغ  
تفرقت في الثوب صارت كالحالكة، إذ لا يصع بها شيء آخر، كات نسبة  
لنقصان إليها أولى من نسبتها إلى الثوب.

لكس يجب أن يقيد هذا، إذا لم يعلم سداد العصب إلى الثوب أو  
إسبها، بأن لم تنع قيمته خام إلا بمقدار الأربعة.

قوله: (ولو ساوي ثمانية، فإن لحقنا الصفة بالأعيان فالزيادة  
للمفلس، فالثمن نصفان، وإلا احتمل تخصيص البائع فالثمن أرباعاً، أو  
البسط فالثمن أثلاثاً).

هذا هو القسم الثالث، وهو أن تكون الزيادة بالصبغ أكثر من قيمة  
الصبغ، كأن يساوي الثوب في العرض المذكور ثمانية دراهم، فبني على ماسبق،  
فإن لحقنا الصفة بالأعيان، فقيمة الصبغ وقيمة لصفة كلاهما للمفلس، وهما  
عبارة عما زاد على قيمة الثوب، ووجه هذا التفرع طهر بعد الإحاطة بما سبق.

وإن لم نقل باللاحق، ففيه احتمالان:

أحدهما: تخصيص السئع بصفة على هج ماسبق، فيكون ما قابلهما من  
القيمة له، وللمفلس قيمة الصبغ، إذ لا مال له - على ذلك التقدير - سواء.

الثاني: بسط الزيادة على مال المفلس وهو الصبغ، ومال البائع وهو  
الثوب، لعدم الأولوية.

ولما كانت قيمة ثوب ثني مجموع لقيمتين، كان لبائع ثلثي الزيادة  
وللمفلس ثلثها، وهذا لا يستقيم إلا على تقدير العلم بأن تكون الثوب بالصبغ  
لاحظ له من الزيادة.

ولا فرق بين عمل المفلس بنفسه، أو بالأجرة في الشركة.  
ولو أفلس قبل إيفاء لأجير أجرة القسارة، فإن الحقناها  
بالأعيان، فإن لم تزد قيمته مقصوراً على ما كان فهو فقد عين ماله، وإن  
زادت فكل من البائع والأجير الرجوع إلى عين ماله، فلو ساوى قبل  
القسارة عشرة، والقسارة خمسة، والأجرة درهم قدم الأجير بدرهم،  
والبائع بعشرة، وأربعة للغرماء.

واختار المصنف في التذكرة كون استيلاء كنفها للمفلس؛ لأنها عوض  
الصنع وصفة حصة، وماله لا شيء. <sup>(١)</sup> للشيخ <sup>(٢)</sup> فيها، فيكون احتمالاً رباعاً،  
ولا ريب أنه أقوى على كل تقدير.

واعلم أن قول المصنف: (فائس نصفان) بالرفع، وقوله: (فائس  
أربعاً)، وقوله: (أو البسط فائس ثلثاً) ليس على نهج واحد في الأعراب،  
فلا بد من تقدير عامل لصب (أربعاً) و (أثلاثاً) مثل: يسط ونحوه.

قوله: (ولا فرق بين عمل المفلس بنفسه، أو بالأجرة في الشركة).

لأن ما عمله بالأجرة مملوك له بالمعاوضة.

قوله: (ولو أفلس قبل إيفاء الأجير أجرة لقسارة، فإن الحقناها  
بالأعيان، فإن لم تزد قيمته مقصوراً على ما كان فهو فاقد عين ماله، وإن  
زادت فلكل من البائع والأجير الرجوع إلى عين ماله، فلو ساوى قبل  
القسارة عشرة والقسارة خمسة والأجرة درهم، قدم الأجير بدرهم والبائع  
بعشرة وأربعة للغرماء).

أي: لو أفلس في الصور المذكورة سابقاً، أعني: فيما تكون الزيادة صفة  
محضة قبل إيفاء الأجير أجرته، وكان قصاراً مثلاً، فإن ألحقنا الصفة بالأعيان،  
فإن لم تزد القيمة باعتبار القسارة فالعين للدين، والأجير فاقد عين ماله فهو أسوة  
الغرماء.

(١) التذكرة ٧٠٢، وفيها: (.. لأنها عوض الصنع والصفة ..).



ولبائع الجارية انتزاعها وإن حبست منه مع الإفلاس بالثمن  
لا الولد،

وهذا تقييد ما سبق، من أن له أن يحبس الثوب إلى أن يأخذ الأجرة،  
تفريعاً على أن الصفة كالأعيان، إذ مع عدم الريادة لا مال له ليحسه.  
وإن زادت، فلكل من البائع والأجير الرجوع إلى عين ماله، أما البائع  
مطهر، وأما لاجير، فلان التفريع عن ان الصفة كالأعيان.

فإن قيل: لا مال له، لأن المال حيث للمفلس، وهو بما يستحق الأجرة.  
قلنا: إن حيث أخصا بصفة بالأعيان، لم نرد بذلك كونها عينا في  
الحقيقة تعمد بالأخذ والرد، وإنما أردنا أنها مشبهة بالأعيان من بعض الوجوه، نظراً  
إلى كونها متقومة بمقابلة بعض الشيء فكما لا تضيع الأعيان على مستحقها لا تضيع هذه.  
وليست القسارة مورد الإحرة، بل موردها العمل المحصل للقسارة، لكن  
ذلك يمتنع الرجوع إليه، فيحصل الحاصل بنفسه لاحتصاصه به متعلق حقه، فإن له  
الحبس إلى أن يقبض كما سبق.

فحينئذ ينظر قيمة الثوب، ومقابل الصفة، وقدر الأجرة، ويقسط الحاصل  
بعد البيع، أن يدفع إلى البائع ثمن الثوب، ولى الأجير أجرته، والباقي للمفلس،  
فيصرف إلى الفراء.

إذا عرفت ذلك، فاعلم أن قول المصنف: (فلكل من البائع والأجير  
الرجوع إلى عين ماله) فيه توسع بالنسبة إلى لأجير.

قوله: (ولبائع الجارية انتزاعها، وإن حبست منه مع الإفلاس  
بالثمن، لا الولد).

أي: لو كان المبيع الذي حصل الإفلاس بشمته جارية، كان للبائع  
انتزاعها، وإن حبست من المفلس، ولا يمنع الاستيلاء من الأخذ، فإن أم الولد تباع  
في ثمن رقيبتها، فلا يكون لاستيلاء ماعاً من أخذها باعتبار تعذر أخذ ثمنها،

ويتعلق حق الغرماء بعوض الجناية خطأ لا عمداً إلا إذا رضي به ولا يجب عليه.

ويجب أن يؤجر الدانة، والدار، والمملوك وإن كانت أم ولد لا نفسه،

فلا يجمع مانع من تناول الحجر الدان على الاحتصاص<sup>(١)</sup>، أما الولد فإنه حر يُستَب، فلا سبيل له عليه.

قوله: (ويتعلق حق الغرماء بعوض الجناية خطأ لا عمداً، إلا إذا رضي به، ولا يجب عليه).

أي: لا يتعلق حق الغرماء بعوض جنية عمداً على المثل أو عده من مثله، إلا إذا رضي المثل بالعوض، لأن لو حب حبس هو القصاص لا العوض، ولا يجب على المثل الرضى بالعوض، عملاً بالأصل.

قوله: (ويجب أن يؤجر الدانة والدار والمملوك وإن كانت أم ولد).

هذا إذا كان كل واحد من هذه مجموعاً من شعة، لكونه موقوفاً، وكانت الدانة والدار والمملوك - سوى ما يستثنى - له، ولا يجب لبيع فيما عدا المستثنيات، فلا يؤجر كما لا يباع.

ويمكن تنزيل ذلك على زمان الحجر قبل البيع، فإن المحافظة على أمواله بصيطة منافعها واجبة.

وهذا فيما عدا أم الولد، فإنها عية عن تنقيده، إذ لا تبع كما سبق، لحق الاستيلاد، نعم تؤجر، ولو كانت خدمته تحصل به فليس بعيد وجوب بيع ما سواها، بحيث لا تؤجر أيضاً.

قوله: (لا نفسه).

أي: لا يجب ذلك، كما لا يجب عليه التكسب ولا يلزم به، يظهر قوله

ويتساوى غرماء الميت مع عدم الوفاء، ومعه لصاحب العين الاختصاص.  
المطلب الخامس: في حبسه:

ولا يجوز حبسه مع ظهور فقره، ويثبت باقرار الغريم،

تعالى: (فطرة الى ميسرة) <sup>(١)</sup> وظهر ما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه اذ تبين الافلاس والحاجة أطلق المدين <sup>(٢)</sup>.

قوله: (ويتساوى غرماء الميت مع عدم الوفاء، ومعه لصاحب العين الاختصاص بها).

أي: ومع الوفاء - أي: وده - اشركه بجميع الديون - يختص صاحب العين بها، وهذا في الميت مطلقاً لا مطلقاً.

وفي حواشي شيخنا الشهيدي استشكل في ذلك لأن الوارث غير في جهات الفصاء.

وحوايه: أنه بعد ثبوت الحجر، وتعلق ديون الغرماء بالأموال، واختصاص الغريم بعين ماله - غاية ما في ادب، أنه في حال محصوص - كيف يكون الوارث غيراً؟ ومستند ذلك النص <sup>(٣)</sup>، ولعل السرفيه أن الحفي لما رحي اكتسابه وأداؤه الدين، اختص صاحب العين بها مطلقاً، بخلاف الميت، فإنه مع عدم الوفاء يتزايد الضرر على الغرماء باختصاصه.

قوله: (ولا يجوز حبسه مع ظهور فقره).

الظاهر أن الضمير في (حبسه) لا يتعين عوده إلى المفلس، فإن الحبس للمدين إذا لم يؤد، ومنع الحبس مع الفقر طاهر.

قوله: (ويثبت باقرار الغريم).

في حقه خاصة، لا أن يتعدد مع العدالة، فإنه يثبت مطلقاً.

(١) البقرة: ٢٨٠.

(٢) الفقيه ١٩: ٣ حديث ٤٣، التهذيب ٢٩٩: ٦ حديث ٨٣٤، الاستبصار ٤٧: ٣ حديث ١٥٩.

(٣) التهذيب ١٩٣: ٦ حديث ٤٢١، الاستبصار ٨: ٣ حديث ٢٠.

أو البينة المطلعة على باطن أمره. ولو فقد الأمران فإن عرف له مال ظاهر ألزم التسليم، أو الحبس، أو بيع الحاكم عنه ويوفي، وإن لم يظهر له مال ولا بينة على دعوى الاعسار حبس حتى يظهر اعساره إن عرف له أصل مال، أو كان أصل الدعوى مالاً، وإلا قبل قوله، ولا يكلف البينة بعد اليمين.

قوله: (أو البينة المطلعة على باطنه):

سيأتي أن اطلاعها على باطنه شرط فيما إذا شهدت بالاعسار لا بتلف الأموال، والمرد من الاطلاع على باطنه: العلم بما بين أحواله، بسبب المعاينة الطويلة، مسافرة ومجاورة ونحوهما.

قوله: (ولو فقد الأمران، فإن عرف له مال ظاهر أكرم التسليم، أو الحبس، أو بيع الحاكم عنه ويوفي).

أي: لو فقد إقرار الغريم، وبينة لمصلحة على حاله، فإن عرف له مال ظاهر. أي: حلي غير مستور. فإن كان من حسن الحق ألزمه الحاكم بالتسليم وقهره عليه، ولو كان من غير الحبس قهره على البيع، أو حبسه إلى أن يبيع ويؤدي، أو يبيع الحاكم عنه ويوفي، ويحرم صاحب الدين الاعتلاط له، ويحل ضربه بالعناد.

قوله: (وإن لم يظهر له مال ولا بينة على دعوى الاعسار، حبس حتى يظهر إعساره، إن عرف له أصل مال، أو كان أصل الدعوى مالاً).  
لأن الأصل بقاء المال وعدم تلفه.

قوله: (والا قبل قوله، ولا يكلف البينة بعد اليمين).

أي: وإن لم يعرف له أصل مال، ولا كان أصل الدعوى مالاً، بأن كان أجرة خدمة، أو عوض إتلاف، أو جدية قبل قوله بيمينه، لأنه في الحقيقة منكر للمال، والأصل عدمه.

ولو شهد عدلان بتلف ماله قبل بغير يمين وإن لم تكن مطلعة على باطنه.

ولو شهدا بلا عسار مطلقاً لم تقبل إلا مع الصحبة المؤكدة، وللغرماء إحلافه مع البينة،

قوله: (ولو شهد عدلان بتلف ماله قبل بغير يمين، وإن لم تكن مطلعة على باطنه).

المراد: شهادة عدلين بتلف جميع أمواله، لأن الشهادة بتلف مال في الجملة ليست مستلزمة لكونه فقيراً، فثبت بذلك فقره، ولا حاجة إلى اليمين، لأن البينة على المدعي واليمين على من أنكره والتفصيل قاطع للشركة.

- ولا يشترط لقبول شهادة الشاهدين بينهما العلم بكونها مطعنين على باطن أحواله، لأنها إذا شهدا بتلف جميع لأموال كان ذلك كافياً في ثبوت المراد، لأن الفرض عدالتهما، والعدل لا يحارف في شهادته.

وقال في التذكرة: بالزامه باليمين لها حصة، واحتج عليه بأن البينة إذا شهدت بالتلف، كان كمن ثبت به أصل مال واعترف العريم بتلفه وادعى ماله غيره، فإنه يلزمه يمين<sup>(١)</sup>.

وفيه نظر، لأن البحث ليس فيمن شهدت له البينة بتلف مال مخصوص، بل بتلف جميع أمواله، فإن سمعت فلا يمين، وإلا كان وجودها كعدمها، فلا يعتبر اليمين حينئذ.

قوله: (ولو شهدا بلا عسار مطلقاً، لم يقبل إلا مع الصحبة المؤكدة، وللغرماء إحلافه مع البينة).

أي: لو شهد الشاهدان بلا عسار مطلقاً - أي: غير مقيد بتلف جميع الأموال - فلا بد في قبول هذه الشهادة من عمننا بكون الشاهدين لها صحبة مؤكدة

ومع قسمة ماله يجب اطلاقه، ويزول الحجر بالأداء لا بحكم الحاكم.

مع المشهود له، أي: مع معاينة كثيرة بطلعانها على أحواله.  
ولا يراد كون ذلك شرطاً في نفس الأمر فقط لا في عدلنا، لأن اشتراط  
العلم بحقيقة الحال في نفس الأمر ثابت في كل مشهود له.

فإن قيل: مع عدالة الشاهدين يتم يشترط هذا الأمر الزائد؟  
قلنا: لأن الشهادة على النبي حقها أن لا تسمع، فإذا سمعت لكونها قد  
ضبطت عما يلحقها بالاثبات، لم تبلغ مرتبة الإثبات، فلا بد من تصويتها بالعلم  
بالصحة المؤكدة، حتى يعلم أنها لا ينمى الد - شهادتها بالأعصار - تمويلاً على  
ظاهر الحال.

ومن ثم كان للعرماء إخلالاً بالديون حينئذ مع اليقظة، لأن شهادة النبي  
لا يبرول معها الاحتمال بالكلية، ولا صراحة في تلف الأموال، بخلاف شهادة  
الاثبات، فصحتها قائم، فتعبر باليمين، وهذا هو مختار الأكث وعكس الحكم في  
التذكرة<sup>(١)</sup>، وهو ضعيف كما قلناه.

قوله: (ومع قسمة ماله يجب اطلاقه).

ينبغي أن يكون مرجع الصير مطلق بديون بمعونة المقام، كما سبق في أول  
المبحث، فيندرج فيه المفلس وغيره، فإذا قسم جميع ما للمدين ولم يبق له مال  
يصرف في الدين، يجب على الحاكم اطلاقه من الحبس إذا كان محبوساً.

قوله: (ويزول الحجر بالأداء، لا بحكم الحاكم).

أي: بإداء أمواله في الديون على الوجه السابق، فحينئذ يزول حجر  
المحبوس ولا يتوقف على حكم الحاكم عنده، لأنه إنما كان لحقوق العرماء ليقسموا  
أمواله الموجودة، وقد حصلت، فيزول.

ويجوز الحبس في دين الولد، ولا تمنع الاجارة المتعلقة بعين المؤجر من حبسه.

**المطلب السادس:** في بقايا ما بحث هذا الباب:

لو أفسس المشتري بعد جنابة العبد فالأقرب أن للبائع الرجوع ناقصاً بأرش الجنابة، أو الضرب شمه مع الغرماء. ولا يسقط حق المجني عليه من أخذ العين،

**قوله:** (ويجوز الحبس في يمين الولد).

في رواية الحسين بن أبي لعلام عن الصادق عليه السلام<sup>(١)</sup> ما يدل على عدم الجواز وإن كان في الحديث قولاً يمكن طاهر قوله عليه السلام: «انت ومالك لا يبيث» ومؤكد في القرآن في حق لوالدين<sup>(٢)</sup> مؤيدة لهذا الرواية، والقول بعدم الجواز لا يحتمل قوة، وإحصاره في التذكرة<sup>(٣)</sup>.

**قوله:** (ولا تمنع الاجارة المتعلقة بعين المؤجر من حبسه).

أي: من حبسه بدين شخص آخر مطالب، حيث يجوز الحبس، وفي المسألة تردد، يشأ من معارض إطلاق أوامر الحبس في الدين للممتنع من الأداء مع المطالبة وعدم الاعسار، واحتصاص المستأجر لعينه بمناقضه، ولا أولوية. ويحتمل اعتبار لأسبقية، وإن ضعف فيما إذا كان الدين أسبق دون المطالبة، ولتنوقف مجال، والمسألة موضع إشكال، وهذا إذا لم يمكن الجمع.

**قوله:** (لو أفسس المشتري بعد جنابة العبد، فالأقرب أن للبائع الرجوع ناقصاً بأرش الجنابة، أو الضرب شمه مع الغرماء، ولا يسقط حق المجني عليه من أخذ العين).

(١) انكافي ١٣٦:٥ حديث ٦، المعجم ١٠٩:٣ حديث ٤٥٦، التهذيب ٣٤٤:٦ حديث ١٦٦ الاستبصار ٤٩:٣ حديث ١٦٢.

(٢) منها ما ورد في سورة البقرة ٨٣، والنساء: ٣٦، والأنعام: ١٥١، والاسراء: ٢٣.

(٣) التذكرة ٥٩:٢.

والأقرب تقديم حق الشفيع على البائع؛ لتأكيد حقه حيث يأخذ من المشتري،  
ومن نقله إليه، وسبقه.

ويحتمل تقديم البائع؛ لاستفاء الضرر بالشفعة؛ لعود الحق كما  
كان، وأخذ الثمن من الشفيع فيختص به البائع جمعاً بين الحقين.

أي: لو أفسد المشتري بعد حيازة العبد المبيع بشئ، فالأقرب أن لبائع  
الرجوع بالعبد ناقصاً بأرش الجناية، أي: ناقصاً بتعلق أرش الجناية به، لأن ذلك  
عيب، ولا يرجع بأرش هذا العيب، بناء على قاعدة المصنف و الجماعة.  
وعلى ما احترياه، فله الصرب بنفسه بقبعة، لكونه مضموناً عليه، أو  
الصرب شمه مع العرماء، فيكون عيباً عين الأمانة، والرجوع إلى العبد،  
والصرب مع العرماء بشمه.

ووجه المرب: أن حق البائع سابق، وبعدم المرافعة، وبمحمل المبيع، لأن  
حق المرتن مانع من الرجوع كما سبق، وتعلق حق المحمي عليه أقوى من تعلق حق  
المرتن، فلا يرجع منه بطريق أولى.  
ويصنف بأن الرجوع يقتضي بطلان رهس لاحق المحمي عليه، فلا مرافعة،  
والأولوية غير ظاهرة، واعلم أن الحاربي قوله: (بأرش الجناية) بتعلق بقوله:  
(ناقصاً).

قوله: (والأقرب تقديم حق لشفيع على البائع لتأكيد حقه، حيث  
يأخذ من المشتري ومن نقله إليه وسبقه، ويحتمل تقديم البائع، لانتفاء  
الضرر بالشفعة، لعود الحق كما كان، وأحد الثمن من الشفيع، فيختص به  
البائع جمعاً بين الحقين).

لو كان لمبيع شقصاً مشموماً، وأفسد المشتري بالثمن، ففي الحكم  
احتمالات ثلاثة:

أقرها عند المصنف تقديم حق الشفيع، فيأخذ المبيع دون البائع، ويكون  
الثمن حينئذ كسائر أموال المشتري يشترك فيها العرماء، والبائع كأحدهم، ووجه



هذا الاحتمال المصنف بوجهين:

أ: تأكيد حقه، أي: قوته بالنسبة إلى حق البائع، بدليل أنه يأخذ من المشتري، ومن نقل المشتري المبيع إليه، والبائع إنما يختص بالعين إذا لم يتعلق بها حق ثالث كما سبق، فلا يأخذ من المشتري المفلس<sup>(١)</sup> ولا من المتهب والمرتهن، ولا ريب أن استحقاق من لا ينبغي استحقاقه يتعلق حق ثالث أقوى ممن ليس كذلك، ومع تعارض الحقين يقدم الأقوى.

ب: سبق حق الشئع على حق البائع، وذلك لأن حقه ثبت من حين البيع، وحق البائع إنما يثبت بالتعليق،<sup>(٢)</sup> والأسبق مقدم ومابع من ثبوت الآخر، عملاً بالاستصحاب وللمنافاة<sup>(٣)</sup> فلا يثبتان، ويمنع ثبوت المتأخر ورفع المتقدم، لانتفاء مقتضي، بل المقتضي لعدم قائمه، وهذا أقوى.

والشارح وجه السبق، بأن حق الشئع لاحق للبيع لذاته، وحق البائع لاحق بواسطة الإفلاس، وما بالذات أسبق<sup>(٤)</sup>، وهذا سبق معسوي، وما ذكرناه أفقه.

الثاني: تقديم البائع، فيمنع ويختص بالعين، ووجهه المصنف بزوال الضرر الحاصل بالشفعة به، فإن تسلط على مال الغير بغير رضاه ضرر، وما يزال به الضرر أقوى، فإن الضرر منفي بالنص<sup>(٥)</sup>.

وإنما قل: أن الضرر يروى بذلك، لأن الأخذ بالشفعة يقتضي عود الحق كما كان قبل البيع، ويؤيده عموم الخبر الدل على اختصاص البائع بعين ماله إذا أفلس المشتري بالثمن<sup>(٦)</sup>.

(١) في نسخة «م» و «ق» من المجلس.

(٢) إفصاح لمؤلفه ٨٠: ٢.

(٣) هو حديث «لا ضرر ولا ضرار»، انظر: سنن ابن ماجة ٧٨٤: ٢ حديث ٢٢٤٠ و ٢٢٤١، سنن الدارقطني ٢٢٧: ٤ حديث ٨٣، مستد أحمد ٣١٣: ١ و ٣٢٧: ٥، الكافي ٢٨٠: ٥ حديث ٤، الفقيه ٤٥: ٣ حديث ١٥٤، التهذيب ١٤٦٧: ١ حديث ٩٥٩.

(٤) التهذيب ١٩٣: ٦ حديث ٤٢٠، الاستبصار ٨: ٣ حديث ١٩.

## وليس للمحرم الرجوع في الصيد،

ويضتف بأن المني هو الضرر الذي لم يعلم ثبوته شرعاً، أما ما ثبت بالنص والاجماع فلا ينتفي إلا بدليل منها أقوى، وبمقتضى شمول الخبر لهذا القسم، لسق حق الشفعة الثابت قطعاً، فلا بد لزواله ليشمله الخبر من قاطع، وهو منتف. ولا يقال: تعارض العامان، لأن ثبوت شفعة أسبق.

لثالث: أخذ الثمن من الشفيع، فيقدم بعين لمبيع على البائع، ويخص البائع بالثمن، حيث أنه عوض عن ماله، وحيث تعذر أجده للعين واحتصاصه بها، فليجعل حقه في قيمتها.

ووجهه المصنف، بأن مبرجماً بين الحقين، يعني حق لئاع وحق الشفيع، حيث جعل لأحدهما العين وللآخر القيمة. وصعفه طاهر، إذ البائع لاحق له إذ قدم الشفيع في العين عليه، وإنما اثمن من أموال المشتري، والبائع واحد من العمد، فيضرب معهم.

قوله: (وليس للمحرم الرجوع في الصيد).

أي: لو باع صيداً، ثم أحرم وأفلس المشتري بالثمن، لم يكن للبائع الرجوع في الصيد، لامتناع دخوله في ملك المحرم، بل يضرب ماثن. ويسفي أن يقيد ذلك بالصيد الحاصر، أما اسائي فانه لا يمتنع دخوله في الملك، فيسفي أن لا يمتنع رجوعه به.

وهذا الذي ذكره المصنف، مبني على أن الصيد الحاضر لا يدخل في ملك المحرم، ويؤول ملكه عه بالاحرام، ووقلنا ببقاء الملك وحب الارسل، فينبغي هنا ان يثبت له الرجوع، ثم يرسله بعده.

ولو انعكس الفرض، بأن كان المحرم هو المفلس انعكس الحكم، فيرجع به إن قلنا ببقائه على ملك المحرم، وإنما الواجب الارسل، لانقضاء المانع حينئذ، وإلا ضرب بدينه.

والرجوع فسخ فلا يفتقر إلى معرفة المبيع، ولا القدرة على التسليم، فلو رجع في الغائب بعد مضي مدة يتغير فيها، ثم وجده على حاله صحيح، وإن تغير فله الخيار، ولو رجع في العبد بعد إبقائه صحيح، فإن قدر عليه وإلا تلف منه.

ولو ظهر تلفه قبل الرجوع ضرب بالثمن وبطل الرجوع،

قوله: (والرجوع فسخ، فلا يفتقر إلى معرفة المبيع، ولا القدرة على التسليم).

ولا غير ذلك من شروط المبيع، وقد سبق في الاقالة حكاية قول لبعض أهل الخلاف أنها بيع، فهل يجيء هذا؟  
بعد ذلك، والفرق أنه لو كان الرجوع بيعاً، لم يستحقه البائع إلا برضى المفسس، وليس كذلك، لأنه فهرقي.

قوله: (لو رجع في العايب بعد مضي مدة يتغير فيها، ثم وجده على حاله صحيح، وإن تغير فله الخيار).

لأنه إما رجع فيه بناء على أنه باق على ما كان عليه، فيكون الرجوع مترزلاً، فله إبطاله، وعقد أحد لا يصح الرجوع حينئذ، لهوات الشرط.  
وهنا إشكال، وهو أن الرجوع فسخ، وهو رفع العقد، فكيف يتصور الرجوع فيه؟

قوله: (ولو رجع في لعبد بعد إبقائه، فإن قدر عليه وإلا تلف منه).

حيث أن الرجوع فسخ يصح، وإن كان المبيع عبداً قد أبق، وحينئذ فإن قدر عليه فلا بحث، وإن لم يقدر عليه فهو تالف من مالكه، لكن يجب أن يقيد ذلك ببقاء العبد، فإن تلف بموت ونحوه قبل القدرة عليه، فسيأتي حكمه.

قوله: (ولو ظهر تلفه قبل الرجوع، ضرب بالثمن وبطل الرجوع).

أي: لو ظهر موت العبد مثلاً قبل زمان رجوع البائع، فقد تبين بطلان

الأول: في أركانه، وهي خمسة:

الصيغة: وهي ضمنت، وتحملت، وتكفلت، وما أدى معناه.

ولو قال: أؤدي، أو أحضر لم يكن ضماناً.

ولا تكفي الكتابة مع القدرة، وتكفي مع عدمها مع الإشارة الدالة على الرضى؛ لا مكان العيب.

وشرطه التنجيز، فلو علقه بمجيء الشهر، أو شرط الخيار في

وفي حواشي الشهيد: إن الكفالة والحوالة لا يطلق عليهما الضمان إلا مضافاً، فيعمل في الكفالة: ضمان النفس، وفي الحوالة: ضمان المال من عليه مثله، فيكون قوله: (بقول مطلق) مثيراً إلى ذلك. وفيه نظر، فانه على هذا لا يكون صدق الضمان عليها بطريق الحقيقة، وتعرف المصنف بمنصبي الحقيقة، ومع ذلك فالحوالة لا تختص من عبه مثله، كما سيأتي في كلام المصنف إن شاء الله تعالى، ولصواب ما ذكرناه، وهو الذي ذكره في التذكرة<sup>(١)</sup>.

قوله: (ولا تكفي الكتابة مع القدرة).

لأن النطق معتبر في العقود اللازمة بالاجماع.

قوله: (وتكفي مع عدمها مع الإشارة الدالة على الرضى، لإمكان العيب).

أي: مع عدم القدرة لا بد من إشارة لدالة على رضاه بضمون ما كتبه، لانتفاء دلالة الكتابة، إذ يمكن وقوعها عبثاً أو بغير قصد آخر.

قوله: (أو شرط الخيار).

مختاره هنا فساد الضمان باشتراط أحدرفيه، وطاهر الكتاب في بيع الصحة، وهو صريح التذكرة<sup>(٢)</sup> هناك، وهو لأصح، للأصل ولانتفاء المانع.

(١) التذكرة ٢: ٨٥.

(٢) التذكرة ١: ٥٢٢.

الضمان فسد. والإبراء كالضمان في انتفاء التعليق فيه، ولو شرط تأجيل الحال صح، والأقرب جواز العكس

فان قيل: الضمان يتضمن إبراء ذمة المضمون عنه، والإبراء لا يدخله خيار الشرط.

قلنا: هو حكم من أحكام نقل المال، لا انه يتضمنه، فاذا تحقق النقل غير متزلزل تحققت البراءة، وإلا فلا.

قوله: (ولو شرط تأجيل الحال صح).

ظاهرهم أن صحة هذا الإجماع، ويؤيده أن نقل المال الحال إلى الدمة جائز، واشتراط الاجل في عقد لازم لا مانع منه وإن كان أمراً ريثماً.

قوله: (والأقرب جواز العكس).

وجه الأقرب: أن الأداء معصلاً حائز، فكذا الضمان، لأنه كالأداء، وقال الشيخ: لا يصح، لأن المرع لا يكون أقوى من الاصل<sup>(١)</sup>، وفي هذا التوجيه ضعف، ولأن الضمان نقل المال على ما هو به.

ولا يرد تأجيل الحال، لأن ذلك شرط رائد يستقل صاحب الحق مائثاته في العقد اللازم، بخلاف الأجل الذي هو مشترك بين المضمون له والمضمون عنه، ولأن الحلول زيادة في الحق، ولهذا يحتسب الاثمان به، وهذه الزيادة غير واجبة على المدينين ولائحة في دمنه، فيكون ضمان مالم يجيب، فلا يصح عندنا، وهذا التوجيه الأخير ذكره الشيخ محمّد الدين عبد المصنف<sup>(٢)</sup>، وحسنه في المختلف<sup>(٣)</sup>، وهو المختار.

(١) قال السيد العاملي في معتمد الزكوة ٥: ٣٥٣: (وقد نسب الخلاف في المختلف إلى الشيخ في البسيط أنه قال: لا يصح لأن المرع لا يكون أقوى من الأصل، ولم أحد ذلك فيه... ونسب الخلاف جماعة إلى المفيد في المقنعة والشيخ في الهدى ولم أحد ذلك في المقنعة وليس في انهاء الإقوله: ولا يصح ضمان مال ولا نفس الأجل). ولزيادة راجع عبارة المحتاج بأكملها.

(٢) إصباح لقوائد ٢: ٨١-٨٢.

(٣) المختلف: ٤٣٢.

فيحل مع السؤال على اشكال.

الثاني: الضامن: وشرطه لبلوغ، والرشد، وجواز التصرف، والملاءة حين الضمان أو علم المستحق بالاعسار. ولا يشترط استمرار الملاءة، فلو تجدد لم يكن له فسخ الضمان، أما لو لم يعلم كان له الفسخ.

قوله: (فيحل مع السؤال على إشكال).

هذا فرع على صحة ضمان المؤجل، وإنما يكون ذلك مع السؤال لا في التبرع، وتحرير المسألة: أنه إذا سأل المضمون عنه غيره أن يضمن ما عليه مؤجلاً حالاً، فضمنه كذلك، فهل يحل ما عليه بذلك؟ فيه إشكال، ينشأ من أن الضمان في حكم الاداء، ومتى أذن المدينون لغيره في قضاء دينه معجلاً فقصاه استحق مطالبته، ولأن الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الاداء، ومن أن الاذن في الضمان حالاً إنما يقتضي حلول ما في ذمة الضامن، ولا يدل على حلول ما في ذمة المضمون عنه باحدى لدلالات.

ويمكن أن يقال: استحقاق الرجوع بما أداه بالاداء يقتضي الحل. والتحقيق: أنه إن كان الاذن في قضاء المؤجل في الحال موجباً لثبوت الرجوع كذلك، قوي حلول المؤجل بما ذكر.

واعلم أن الشارح ولد المصنف قال: إن موضع الاشكال ما إذا أذن في الضمان وأطلق، أما إذا أذن فيه حالاً فلا إشكال في الحل<sup>(١)</sup>، وليس بشيء، بل قد يقال: انه مع الاطلاق لا إشكال في عدم الحل.

قوله: (وشرطه: البلوغ، والرشد).

يحتز بذلك عن الصبي، والمجنون، والمحجور بالسفه إذا لم يأذن له الولي. قوله: (والملاءة حين الضمان، أو علم المستحق بالاعسار ولا يشترط استمرار الملاءة، فلو تجدد لم يكن له فسخ الضمان، أما لو لم يعلم فإن له الفسخ).

ويصح ضمان الزوجة بدون إذن الزوج، وفي صحة ضمان المملوك بدون إذن السيد إشكال، ينشأ: من أنه اثبات مال في الذمة بعقد فأشبه النكاح، وانتفاء الضرر على مولاه،

لا يبنى أن الشروط السابقة إما تشترط حين الضمان، وإما يخص هذه بالتقييد لينبه على أن طرؤه الاعسار لا يثبت الفسخ، وإما كان هذا موضع توهم ثبوت الفسخ دون غيره، لأن الضمان في معنى أداء الدين، والمقصود الأصلي منه الارتفاق بنقل الدين إلى ذمة الضامن، وإما يكون ذلك إذا كان الأداء منه أبسر.

فلا حرم إذا كان هذا المقصود الذي إما ينفي الضمان عنه، بخير المضمون له، لفوات المقصود منه، كما يتحيز المشتري إذا ظهر في المبيع عيب أو غبن، حيث كان المقصود هو الصحة ولأخذ بقيمة أو أدون، إذ البيع مبني على المكايسة. وهذا بخلاف ما إذا كان موجلاً فظهر الاعسار، إذ ليس مقصود البيع الأصلي بالسببية إلى أداء الثمن كما في الضمان، وظاهرهم أن هذا الحكم موصع وفاق.

قوله: (ويصح ضمان الروحة بدون إذن الزوج).

بخلاف بعض العامة<sup>(١)</sup>، قيل: قد يمضي إلى تعصيل بعض حقوقه بسحب استحقاق الحبس، قلنا: هذا يس من لوازمه، وإن كان قد يترتب عليه بطل ونحوه، ولو كان هذا مانعاً لمعت من جميع المعاوضات، لتطرق المحذور إليها.

قوله: (وفي صحة ضمان المملوك بدون إذن السيد إشكال، ينشأ من أنه إثبات مال في الذمة بعقد فأشبه النكاح، وانتفاء الضرر على مولاه).

توصيح الوجه لأون من وجهي الاشكال: أن النكاح مجموع منه العبد،

وبعده أمانة على اشكال.

ولو تنازعا في تعيين المبيع بعد الرجوع قدم قول المفلس؛ لأنه منكر، فيضرب بالثمن خاصة

الرجوع، لعدم ما يرجع فيه، فحيثُذ يضرب بالثمن.

قوله: (وبعده أمانة على إشكال).

أي: لو ظهر موت العبد الآن بعد الرجوع من البائع وقد أفسس المشتري بالثمن، فهو قبل لشف أمانة في يد المشتري، فيكون ثلعه من البائع على إشكال، ينشأ من أن المقتضي لكون العبد مضموناً على المشتري هو البيع، وقد زان بالفسح وعدد الملك إلى البائع، فيكون ثلعه من المشتري قبضه مضموناً، فيكون كذلك. أي أن يقبضه البائع، عملاً بالاستصحاب، ولعموم قوله عليه السلام: «على البدن أحد حتى تؤدي»<sup>(١)</sup> وهذا أقوى.

قوله: (ولو تنازعا في تعيين المبيع بعد الرجوع قدم قول المفلس، لأنه منكر، فيضرب بالثمن خاصة).

أي: لو تنازع البائع والمفلس بعد تحقق الرجوع، مع الاتفاق على بقاء العين في تعيين المبيع، فالقول قول المفلس سميه في أن المبيع ليس هو عينه البائع، لأنه منكر والبائع مدع، فاد حلف به فاعت دعواه، فيضرب بالثمن، لتعذر الوصول إلى العين.

ويشكل فرض المصنف، إن راد (ثمن) ما جرى عليه العقد. وهو المتبادر إلى الفهم. لأنه بعد الفسخ والرجوع كيف يبقى استحقاقه لثمن؟ فلا بد لصحة هذا الفرض من حمل ثمن على القيمة إن اتفق عليها، أو ما يحلف عليه المفلس، أو فرض لتنازع في التعيين قبل الرجوع والفسخ.

(١) سنن أبي داود ٦: ٩٥، سنن ابن ماجه ٢: ٨١٢، حديث ٢٤١٠٠، مسند أحمد ٥: ٨، ٩٣، مستدرک  
الهاكم ٤٧٠٢، وفي هذه المصادر: حتى تؤديه، من ترمذي ٣٦٨: ٢، حديث ١٢٨٤، مسند أحمد



وكل ما يفعله قبل الحجر ماض.

### المقصد الرابع: في الضمان:

وهو عقد شرع للتعهد بنفس، أو مال ممن عليه مثله أولاً، فهنا

فصول ثلاثة:

الأول: الضمان بالمال ممن ليس عليه شيء، ويسمى ضماناً

بقول مطلق، وفيه مطلبان:

قوله: (وكل ما يفعله قبل الحجر ماض).

أي: ما يفعله لنفس قبل الحجر صحيح ماض، لأنه حينئذ كامل له أهلية التصرف.

قوله: (وهو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال ممن عليه مثله أولاً).

هذا التعريف شامل للضمان بالمعنى الخاص والحالة والكفالة، ويحيى

في قوله: (وهو عقد) ما سبق في البيع على القول بأنه العقد، فإن الضمان هو التعهد لنفس الإيجاب والقول، وبما الضمان أثرهما.

ويرد على هذا هنا وفي البيع، أن البيع والضمان وغيرهما قد يكون

صحيحاً، وقد يكون فاسداً، ونقل الملك لا يكون إلا صحيحاً، وكذا التعهد.

ويجاب بأن النقل لا يبرم أن يشترط فيه الانتقال، وكذا التعهد،

فلا يترتب عليه أثره، والتعهد بالنفس هو الكفالة، وبالمال ممن ليس عليه مثله هو

الضمان، إن شرطنا في الحوالة اشتغال ذمة الحال عليه، وإلا فهو أحد القسمين،

والقسم الآخر من الحوالة يتحقق بقوله: (ممن عليه مثله).

قوله: (ويسمى ضماناً بقول مطلق).

أي: غير محتاج إلى تقييده بكونه ضمان المال ممن ليس عليه مثله، فيكون

الضمان واقعاً على معيين، وهذا بخلاف الكفالة، فإنها لا تطلق على ضمان المال

إلا بقيد، فيقال: كفالة بالمال.

فإن جوارناه يتبع به بعد العتق.

ولو أذن احتمال تعلقه بكسبه وبذمته، ويتبع به بعد العتق.

لأنه يتضمن إثبات مال في ذمته، وهذه العلة قائمة في الضمان.

وفيه - مع كونه قياساً باطلاً - منع كون - نع في الكاح هو إثبات المال في الذمة، وينتقض بما إذا خلا العقد عن مهر، وب منع من العقد ثابت مع نفاء العلة.

وتوضيح لثاني: أن المانع هو تصرف المولى بتعطله عن خدمته، وذلك منتف، لأن استحقاق المطالبة بعد عتقه.

وضعه ظاهر، لأن المانع هو كونه لا يقدر على شيء بس القرآن العزيز<sup>(١)</sup>، وإن دمه مملوكة للمولى، وإلا يثبت إثبات شيء فيها بدون إده، وما ثبت قهراً من عوض إتلاف وحناية لا يقدح، لأن ذلك يفتي على القهر بالسنة إلى كل حان، وليس ذلك بالالتزام، ولا يصح عدم الصحة.

قوله: (فإن جوارناه تبع به بعد العتق).

قطعا، لأن كسبه بموك للمولى، ولا يثبت تصرف في مال مولاه.

قوله: (ولو أذن احتمال تعلقه بكسبه، وبذمته، فيتبع به بعد

العتق).

أي: لو أذن المولى للمملوك في الضمان وأطلق فلم يشترط الأداء من الكسب ونحوه، ولا الصواب أن يعتق فيه احتملا:

الأول: تعلق الحق بكسبه، لأن إطلاق لادن في الضمان إنما يحمل على

الضمان الذي يستعقب الأداء، فإنه المهود، والأداء من غير مال السيد ممتنع.

وهذا التوجيه إن تم يقتضي عدم القصر على الكسب، بل يقتضي وجوب

الأداء على السيد، وهو قريب من قول ابن الحنيد<sup>(٢)</sup>، ولا يخلو من قرب.

(١) سورة النحل: ٧٥.

(٢) نفعه عنه العلامة في مختلف: ٤٣١، ومختار المحققين في إيضاح الفوائد ٢، ٨٣.

أما لو شرطه في الضمان بإذن السيد صح، كما لو شرط الأداء من مال بعينه.

والسفيه بعد الحجر كالمملوك، وقبله كالحرة. وكذا المفلس كالحرة لكن لا يشارك.

الثاني: تعلقه بدمته، فيتبعه، لأن الإذن في الضمان أعم من كل مهمل، والعام لا يدل على معين.

قوله: (أما لو شرطه في الضمان بإذن السيد صح، كما لو شرط الأداء من مال بعينه).

في صحته نظراً لأن دمة العبد مملوكة للسيد، فكيف يثبت فيها مال باختيار العبد والسيد. ولا يكون من السيد مع كونه لا يقدر على شيء؟ ولا ينقص بعوض الأتلاف، لأنه قهري لا يقدرته، وليس هو كما لو شرط الأداء من مال بعينه، لأن ذلك من جهة أموال السيد، ومال العبد بعد العتق ليس من حلة أمواله.

قوله: (والسفيه بعد الحجر كالمملوك وقبله كالحرة).

هذا بناء على أن الحجر عليه لا يثبت بمجرد السفه، وهو مختار المصنف، وقد سبق في الحجر، وإنما كان بعد الحجر كالمملوك، لأنه ممنوع من التصرفات المالية، فيمكن القول بالبطلان لدك والصحة، ويتبعه بعد ذلك الحجر.

والأصح الأول، لأن الحجر مانع من إثبات مال في دمه، ومن ثم لا يصح بيعه على أن يؤدي الثمن بعد العك، ولو أذن الولي صح.

قوله: (وكذا المفلس كالحرة، لكن لا يشارك).

يصح ضمان المفلس كما يصح ضمان غيره، لأنه إنما يمنع من التصرف في الأموال الموجودة عند الحجر، لا من إثبات مال في الذمة، ومن ثم لا يشارك المضمون له الغرماء، وفي العبارة مناقشتان:

أحدهما: أن قوله: (وكذا) مستدرك، بل لولا قوله: (كالحرة) لاقتضى

ولا يصح من الصبي وإن أذن الولي، فإن اختلفا قدم قول الضامن؛ لأصالة براءة الذمة، وعدم البلوغ. وليس لمدعي الأهلية أصل يستند إليه، ولا ظاهر يرجع إليه،

المساواة في الحكم بينهما، وهو فاسد.

الثانية: أن قوله: (لا يشارك) يقرأ بصيغة الباء للفاعل ولمفعول، لم يكن لضميره مرجعاً، ولم يصح نظم العارة، ويمكن جعله مصدرأً ولا حية. قوله: (ولا يصح من الصبي، وإن أذن الولي).

لأن عبارته مسلوقة الاعتيان فلا يؤثر فيه إذن الولي، ولا فرق بين المير وغيره، وإن حوزها بيعة بالأذن، لأن الضمان يتم مال لا لثمة له فيه، وإنما يؤثر إذن الولي فيما يضمن مصلحة الصبي.

قوله: (فإن اختلفا قدم قول الضامن، لأصالة براءة الذمة وعدم البلوغ، وليس لمدعي الأهلية أصل يستند إليه ولا ظاهر يرجع إليه).

أي: فإن اختلف الضامن والمضمون في وقوع الضمان من الضامن حال الصبا أو حال الكمال - ويرشد إلى مرجع ضمير في (اختلفا)، والمحدود الذي هو المختلف فيه المقام - قدم قول الضامن في أنه كان صبياً وقت الضمان، لأن الأصل براءة الذمة، فيستصحى، وكذا الأصل عدم البلوغ.

وليس لمدعي أهليته للضمان حين وقوعه - وهو المضمون له - أصل يستند إليه، ولا ظاهر يرجع إليه يكون معارضا للأصلين سابقين.

فإن قيل: له أصالة الصحة في العقود، وظاهر حال العاقد الآخر أنه لا يتصرف باطلاً.

قلنا: الأصل في العقود الصحة بعد استكمال أركانها، ليتحقق وجود العقد، أما قبله فلا وجود للعقد، فلو اختلفا في كون الموقوف عليه هو الحرم العبد حلف منكر وقوع العقد على العبد، وكذا لظاهر إيمان ثبت مع الاستكمال المذكور لا مطلقاً.

بخلاف ما لو ادعى شرطاً فاسداً؛ لأن الظاهر أنها لا يتصرفان باطلاً، وكذا البحث فيمن عرف له حالة جنون، أما غيره فلا، والمكاتب كالعبد والمريض يمضي من الثلث، ولأخرس إن عرف اشارته صح ضمانه، وإلا فلا.

و عترف شيعة الشهيد في حواشيه بوجود أصالة لصحة في العقود، لكن بمعارضة أصالة الصبا يتساقطان، وبقي أصل البراءة سليماً عن المعارض، فكأنه لا أصل له، وبأن وقوع العقد من بالغ مع صبي خلاف الظاهر. وما ذكرناه أثبت. قوله: (بخلاف ما لو ادعى شرطاً فاسداً، لأن الظاهر أنها لا يتصرفان باطلاً).

حيث كان المتعاقدان كاملين، تحقق الظاهر المذكور، وأصالة صحة العقود.

قوله: (وكذا البحث فيمن عرف له حالة جنون).

أي: ما سبق في الاختلاف في وقوع الضمان حالة أصبا أو البلوغ، أت فيمن عرف له حالة جنون معين ما ذكر، لكن لو حصل الاختلاف في وقوع العقد في يوم الجمعة وكان فيه كاملاً، أو في يوم الخميس قبله وكان باتفاقها صيباً أو مجنوناً، فهل هو كما سبق، أم يحتمل هنا التمسك بأصالة عدم التقدم؟ كل ممكن. قوله: (أما غيره فلا).

أي: أما غير من عرف له حالة جنون فليس كذلك، لانتفاء ما يستند إليه في عدم كمال المتعاقدين.

قوله: (والمكاتب كالعبد).

لأنه مجبور عليه في تصرفاته، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

قوله: (والمريض يمضي من الثلث).

لا شك في صحة ضمان المريض، سواء كان مريض الموت أم لا، فإن لم يكن مريض الموت، أو عوفي من مرضه صح الضمان، وإلا نفذ من الثلث، لأن

الثالث: المضمون عنه: وهو الأصيب، ولا يعتبر رضاه في صحة الضمان؛ لأنه كالأداء فيصح ضمان المتبرع، ولو أنكر بعد الضمان لم يبطل على رأي، ويصح الضمان عن الميت وإن كان مفلساً.

مجزات المريض المتبرع بها، من الثلث عند نصف، ولو قيل: مأها من الاصل نفذ منه.

قوله: (ولا يعتبر رضاه في صحة الضمان، لأنه كالأداء).

لما كان الضمان كأداء الديار ولا يعتبر فيه رضى المديون، لم يعتبر في الضمان رضاه أيضاً، وهذا الحكم بالاحكام ويدل عليه ضمان أمير المؤمنين عليه السلام ما في ذمة الميت ليعلي عليه النبي صلى الله عليه وآله<sup>(١)</sup>.

قوله: (فيصح ضمان المتبرع، ولو أنكر بعد الضمان لم يبطل على رأي).

المراد بـ (المتبرع): من لم يأذن به المضمون عنه في الضمان، فإذا ضمن ثم علم المضمون عنه وأنكر الضمان - أي: لم يرصر به - لم يبطل على أصح القولين، لانتهاء مقتضي البطلان، وقال الشيخ<sup>(٢)</sup> وجماعة<sup>(٣)</sup>: يبطل، وهو ضعيف.

قوله: (ويصح الضمان عن الميت وإن كان مفلساً).

لما روي من ضمان أمير المؤمنين عليه السلام<sup>(٤)</sup>، وقال أبوحنيفة: لا يصح الضمان عن الميت إذا لم يخلف وفاء، لأن الموت مع عدم الوفاء يسقط المطالبة بالحق<sup>(٥)</sup>، وبطلانه ظاهر، إذ لا يسقط بذلك ما في الذمة.

(١) سنن الدارقطني ٧٨: ٣ حديث ٢٩١-٢٩٢.

(٢) النهاية: ٣١٤.

(٣) مهم: المفيد في القصة. ١٣٠، وابن حزة في الوسيلة: ٣٢٧.

(٤) سنن الدارقطني ٧٨: ٣ حديث ٢٩١-٢٩٢.

(٥) المجموع ٨: ١٤، فتح لعرير ٣٥٨: ١٠، الوجيز ١: ١٨٣.

ولا يشترط معرفة المضمون عنه، نعم لابد من امتيازه عن غيره عند الضامن بما يمكن القصد معه الى ضمان عنه.

الرابع: المضمون له: وهو مستحق الدين، ولا يشترط علمه عند الضامن بل رضاه.

وفي اشتراط قبوله احتمال،

قوله: (ولا يشترط معرفة المضمون عنه، نعم لابد من امتيازه عن غيره عند الضامن بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه).

أما أنه لا يشترط معرفته، فلا الواجب بالضمان أداء الدين عن المضمون عنه، وليس فيه ما يقتضي معرفته، قال في التذكرة: وهل يشترط معرفة ما يميزه عن غيره؟ الأقرب أنهم: كل لو قال: صممت لك الدين الذي لك على من كان من الناس، حار على إشك، نعم لابد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن عما يمكن القصد معه الى الضمان عنه<sup>(١)</sup>.

قوله: (ولا يشترط علمه عند الضامن، بل رضاه).

يدل عليه ضمان علي عليه السلام<sup>(٢)</sup>، ولأن المقصود أداء الحق، وهو لا يقتضي معرفته، ويحتمل اشتراطه، لتفاوت الناس في المعاملة والاقتضاء والاستيفاء تشديداً وتسهيلاً، واختلاف الأعراض في ذلك، واستشكله في التذكرة<sup>(٣)</sup>، والأكثر على عدم الاشتراط<sup>(٤)</sup>، وهو الأصح، نعم لابد من تميزه عند الضامن.

قوله: (وفي اشتراط قبوله احتمال).

(١) التذكرة ٢: ٨٨.

(٢) سنن اندرقلبي ٧٨: ٣ حديث ٢٩١-٢٩٢.

(٣) التذكرة ٢: ٨٨.

(٤) منهم: الشيخ في الخلاف ٧٨: ٢ مسألة ١ كتاب الضمان، وابن زهرة في العمدة: ٥٣٣، والمحقق في شرائع الإسلام ٢: ١٠٨.

فإن شرط اعتبار فيه التواصل المعهود بين الإيجاب والقبول في العقود.

**الخامس:** الحق المضمون به، وشرطه المالية، والثبوت في الذمة وإن كان متزلزلاً كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول، أو لم يكن لازماً لكن يؤول إليه كمال الجعالة قبل الفعل، ومال السبق والرماية.

ينشأ من واقعة علي عليه السلام<sup>(١)</sup>، والتحكك بالأصل، والأصح الاشتراط، لأن الضمان عقد إجماعاً، فلا بد فيه من القبول، ولأن المال للمضمون له، فكيف يملك شخص نقله إلى ذمته بغير رضاه؟ وقضية علي عليه السلام واقعة في عين لا عموم لها، ولا أصل في هذا، بل الأصل عدم شرعيته إلى أن يثبت.

قوله: (فإن شرط، اعتبار فيه التواصل المعهود بين الإيجاب والقبول في العقود).

لأنه عقد، فلا بد من رعاية ما يشترط في سائر العقود، وهو الأصح، وضابط التواصل ما لا يخرج به القبول عن كونه قبولاً لذلك الإيجاب عرفاً، ولا بد من الموالاتة بحيث لا يتحلل كلام أجنبي، ويعتبر وقوعه بلفظ العربية.

قوله: (أو لم يكن لازماً لكن يؤول إليه، كمال الجعالة قبل الفعل، ومال السبق والرماية).

الجعالة - بفتح الجيم ويكسر - منية على الجواز، لكن تؤول إلى اللزوم بعد العمل، وقد أطلق المصنف هنا جوار ضمانه قبل الفعل، وقال في التذكرة ما يحصله: أنه إن ضمن قبل الشروع في العمل لم يصح، لأنه ضمان ما لم يجب، وإن ضمن بعد فراغ العمل واستحقاقه للمال صح قطعاً، وإن ضمن بعد الشروع في العمل وقبل إتمامه، فالأقرب جواز الضمان، لوجود سبب الوجوب، ولانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم، كالثمن في مدة الخيار<sup>(٢)</sup>.

(١) سنن الدارقطني ٧٨: ٤ حديث ٢٩١-٢٩٢.

(٢) التذكرة ٩٠: ٢.



والأقرب صحة ضمان مال لكتابة وإن كانت مشروطة، ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لا المستقبلية، والحاضرة للقريب دونها.

وفي هذا القسم لأحبر نظر، لاستبعاد لشوت، واللوم فيما بقي من العمل الذي لم يأت بمفاده من العمل، والفرق به وبين الثمن في مدة الخيار ظاهر، لأن الثمن حينئذ ثابت، غاية ما في الباب أنه متردد، بخلاف العمل، فإنه لا يثبت له أصلاً، ولمتنحه عدم الجواز قبل العمل.

وأما ما لم يسق والرهائية فإن الحقاء بمال الجمالة في عدم الثبوت بدون العمل لكون عقده جائزاً فك في الجملة، وإن الحقاء بالاحارة وحكما بلوم العقد وهو لأصح على ما سألني من شاء الله تعالى فإنه يجوز.

واعلم أنه لو قال المصنف: أو لم يكن ثابته لكن يؤول إليه، لكان أوجه، لأن عدوله إلى بي اللوم ندي هو أعم يؤهم أن الثوب حاصل.

قوله: (والأقرب صحة ضمان مال الكتابة وإن كانت مشروطة). هذا هو الأصح، لأنه ما ثابت في النعمة بعقد لازم، ومعه الشيخ<sup>(١)</sup>، لأن للعقد تعبير بمعه، ومعه نظر، للمع من أن له ذلك، بل يجب عليه القيام بالمال، لأنه صار ديناً عليه، ولو سئم فاقضى ما فيه أن يكون ثبوت المال في ذمته منزلاً.

قوله: (ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لا المستقبلية).

نفقة الزوجة - لأنها كعوض عن التمكين - دين، فيصح ضمان الماضية وحاضرة منها، لا المستقبلية، لكونها لم تثبت بعد.

قوله: (والحاضرة للقريب دونها).

أي: دون الماضية والمستقبلية، أما لمستقلة عظام، وأما الماضية، فلأن

ولو ضمن ما سيلزمه بيع أو قرض بعده لم يصح، ولا ضمان الأمانة كالوديعة والمضاربة.

ويصح ضمان أرض الجناية وإن كان حيواناً، ومال السلم والأعيان المضمونة كالغصب، والعارية المضمونة والأمانة مع التعدي على اشكال،

نفقة القريب على جهة المساواة لا في مقاس شيء، فتسقط دلفوات.

قوله: (ولا ضمان الأمانة كالوديعة والمضاربة).

سواء ضمن الأعيان مطلقاً، أو ضمنها عن تقدير التلف مضمونة، لانتهاء ثبوت شيء في الذمة الآن، إذ ليست مصلوغة.

قوله: (ويصح ضمان أرض الجناية وإن كان حيواناً).

أي: وإن كان الأرض حيواناً، كأرض الجرة من الأبل، لأنه مال ثابت في الذمة، ومع بعض الشافعية<sup>(١)</sup> من ضمان إبل لدية لجهالتها.

قوله: (ومال السلم).

لأنه مال ثابت.

قوله: (والأعيان المضمونة، كالغصب، والعارية المضمونة، والأمانة مع التعدي على إشكال).

أي: يصح ضمان كل من هذه على إشكال، ينشأ من أن ضمانها ثابت في الذمة، ولوجود سبب ضمان القيمة، ومن عدم ثبوت المضمون في الذمة، لأنها إنما تثبت مع التلف، ومع بقائها فالواجب هو رد نعين.

وفي التذكرة<sup>(٢)</sup> صور المصنف لضمائم صورتين:

أ: أن يضمن رد أعيانها، وجوزة، لأنه ضمان مال مضمون على المضمون

عنه.

(١) المجموع ١٨:١٤، فتح المبرر ١٠:٣٧١، وفيها أن في ضمان إبل الذية قولان أو وجهان.

(٢) التذكرة ٩٠:٢.

و ضمان العهدة للبائع عن المشتري بأن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه، و ضمان عهده إن ظهر عيب أو استحق،

ويشكل بأنه ليس ثابتاً في النعمة، وإما الثالث في الذمة هو وجوب ردها، وليس بمأل.

ب: أن يضمن قيمتها على تقدير تلف، وقوى صحته، لأن ذلك ثابت في ذمة الغاصب، فصح الضمان.

ويصنف بأن الثابت في الذمة هو كونها بحيث لو تلفت ثبت في ذمة الغاصب قيمتها، والقيمة إنما تثبت بعد تلفها، ف ضمانها قبله ضمان ما لم يحم. وأيضاً ما أن كونه بحيث لو تلفت ضمنها، حكم شرعي تابع لوصف الغصب والاستعارة والتفدي في الأمانة، وهذا لا يمكن نقله بالصدور، لأن الذي ينقل بالصدور هو الحق لا الحكم شرعي، فعدم صحة الضمان قوي.

قوله: (و ضمان العهدة للبائع عن المشتري، بأن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه).

أي: ويصح ضمان العهدة، وي حوشي الشهيد: أن العهدة إسم للوثيقة، ثم نقل إلى الثمن وغلب، ولا شبهة في صحة ضمان الثمن عن المشتري للبائع إذا كان ديناً، أما إذا كان عيباً، فهو من جملة الأعيان المضمومة، ولعل تحوير ضمانه لعموم البلوى، ودعاء الحجة إليه، وطباق الناس على ضمان العهدة.

قوله: (و ضمان عهده إن ظهر عيب أو استحق).

أي: ويصح ضمان عهدة الثمن، أي: دركه على تقدير ظهور عيب فيه أو ظهور استحقاقه، والمراد: ضمان عهده عن المشتري للبائع، لأن الأرض على تقدير ظهور عيب فيه حقّ ثبت حين الصدور وإن كان متزلزلاً، لجواز الفسخ قبل التصرف.

والبدل واجب على تقدير الاستحقاق إذا لم يجر العقد على عينه، ولا يضر كونه غير معلوم اشوت حين الصدور، للضرورة وانكشاف ثبوته بعد.

وللمشتري. عن البائع بأن يضمن عن البائع الثمن بعد قبضه متى خرج مستحقاً، أو رد بعيب على اشكال،

قوله: (وللمشتري عن البائع، بأن يضمن عن البائع الثمن متى خرج مستحقاً، أو رد بعيب على إشكال).

أي: ويصح ضمان عهدة الثمن للمشتري عن البائع - إذا كان قد قبضه البائع، كما صرح به في لئذكرة<sup>(١)</sup> - على تقدير خروج المبيع مستحقاً، لأنه حينئذ مقبوض بيد البائع بعير استحقاق، ورده على المشتري حق ثبت، فيصح ضمانه. وأما إذا رد المبيع بعيب فيه إشكال، يشأ من أن الثمن إنما وجب حينئذ بالفسخ، فيكون ضمانه ضمان مالم يجزئ، ومن تقدم ليس الفسخ ودعاء حاجة اليه، هذا هو المتبادر من العبارة.

ويرد عليه أنه سأتى في العهدة بعد بطلان الأقرب أنه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج معيباً ورد بالعيب.

وحاول بعضهم الفرق، بأن المراد هنا أنه إذا ضمن عهدة الثمن للمشتري عن البائع طوالت به إذا خرج المبيع مستحقاً قطعاً، نظراً إلى أن ضمان عهدة الثمن معناه ضمان دركه، وأما المطالبة به على تقدير 'رد بالعيب، نظراً إلى تناول ضمان عهدة الثمن هذا القسم، فيه إشكال، فيكون هذا الإشكال في تناول اللفظ لهذا القسم.

وقد قال الشيخ: إنه إذا ضمن عهدة الثمن، فخرج بعض المبيع مستحقاً، ففسخ المشتري لتبعض الصمقة طالب الضامن بالثمن كله<sup>(٢)</sup>، لكن عبارة المصنف تأيى هذا الحمل.

ومع ذلك فلا إشكال في وجوب الثمن على الضامن هنا إنما يتأتى على تقدير اللزوم لو صرح بضمانه، إذا خرج عيب ورده، والمصنف لا يقول به كما

(١) لئذكرة ٢: ٩١.

(٢) ليسوط ٢: ٣٢٨.

أو أرش العيب.

ويصح ضمان نقصان الصنعة في الثمن للبائع، وفي السلعة للمشتري، ورداءة الجنس في الثمن والمثمن.

والأقرب أنه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيباً

ورده،

سبأتي، وأيضاً سيأتي في كلام المصنف بعد صفحة رد كلام الشيخ هذا.

قوله: (أو أرش العيب).

أي: ويصح ضمان العهدة للمشتري بالنسبة إلى أرش عيب المبيع، فانه جزء من الثمن ثابت حين الضمان، وإن لم يكن معلوماً حينئذ، فيكون ضمانه مندرجاً في ضمان عهدة الثمن.

قوله: (ويصح ضمان نقصان الصنعة في الثمن للبائع وفي السلعة للمشتري، ورداءة الجنس في ثمن والمثمن).

الصنعة بفتح الصاد، وبالسبب أفتح، قال في قاموس: نسخة الميزان<sup>(١)</sup>. وإما صح ضمان ذلك، لأنه عن تقدير ظهور النقصان أو العيب، يتبين ثبوت الحق للمضمون له في ذمة المصنوع عنه حين الضمان، وإن لم يكن معلوماً حينئذ فصح، لدعاء الضرورة إليه.

قوله: (والأقرب أنه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيباً ورده).

أي: رده البائع بالعيب، لأن الثمن إنما يجب رده في هذه الحالة إذا رده المبيع، وإلا فالواجب الأرش، ووجه القرب أنه ضمان ما لم يجب، لأن الثمن قبل الفسخ حق للبائع، فلا يصح ضمانه للمشتري، ويحتمل الصحة، للضرورة، ووجود سبب وجوبه، وهو العيب، المحذور للمبيع، والأقرب قريب.

والصحة لو بان فساد به غير الاستحقاق، كفوات شرط معتبر في البيع، أو اقتران شرط فاسد به، والأقوى صحة ضمان المجهول كما في ذمته،

قوله: (والصحة لو بان فساد به غير الاستحقاق، كفوات شرط معتبر في البيع أو اقتران شرط فاسد به).

ي: والأقرب الصحة في هذه الحجة، ووجه القرب أن الحق ثابت في وقت الصمان وإب لم يكن معلوماً، لا بكشفه بعد ذلك، فلا يكون ضمان ما لم يجب، ويحتمل عدم الصحة، لأن المصنوع لي ثابتاً في الذمة، لأنه عين موحودة. غاية ما في الباب أنها مصنوعة على تقدير التيقن، فيكون كضمان لأعيان المصنوعة، وقد سبق ما فيه، من عدم لأنه في وقت ضمان غير معلوم الثبوت، لأنه إما يصح على تقدير انكشافه، وإما لا.

وقد حور لأصحاب ضمان العهدة على تقدير الاستحقاق، لميس الحاجة، فلا يعدي، وليس معبد الحوار، لدعاء الضرورة إلى ذلك، ولمشاركته الاستحقاق في المعنى، ولأن الاطلاع على صحة العمد وفساده مما قد يتعذر في الوقت، فيكون في ذلك مندوحة عن الضرر.

قوله: (والأقوى صحة ضمان المجهول كما في ذمته).

هذا قول لشيخ<sup>(١)</sup>، وأكثر الأصحاب<sup>(٢)</sup>، للأصل، ولقوله عليه السلام: «الزعيم عارم»<sup>(٣)</sup> وهو مطلق، ولأن ضمان عقد لا يثبت فيه العرن، ولشيخ<sup>(٤)</sup> قول آخر بعدم لحون لاختلاف الأحوال بقية الحق نصون وكثرته، والأول أقوى. وما يصح في صورة يمكن العدم فيها بعد ذلك، كقوله: أن ضمان للدين

(١) النهاية: ٣١٥.

(٢) مهم: مسيدي نسخة: ١٣٠، وابن رهرة في المصيبة: ٥٢٣، وسلا في مراسم: ٢٠٠، والمحقق في شرائع الإسلام: ١٠٩: ٢.

(٣) من ابن ماجه ٢: ٨١٤ حديث ٢٤٠٥، مسند احمد ٥: ٢٠٧.

(٤) الخلاف ٢: ٨٠ مسألة ١٣ كتاب الضمان، والمبسوط ٢: ٣٣٥.

فيلزمه ما تقوم البينة على ثبوته وقت الضمان، لا ما يتجدد، ولا ما يوجد في دفتر وكتاب، أو يقر به المضمون عنه، أو يحلف عليه المالك برد اليمين من المديون.

لذي لك عليه، أما ما لا يمكن فيه العلم، كضمنت لك شيئاً مما في ذمته، فلا يصح قولاً واحداً، لعدم إمكان العلم به، لصديق الشيء على ائقيل والكثير، وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (كم في ذمته) أي: كضمان ما في ذمته.

فإن قيل: لم لا يصح ويلزمه أقل ما يقع عليه اسم الشيء مما في ذمته؟ قلنا: ليس هذا الرد هو المضمون، لانتفاء ما سمعته، والواجب هو المضمون، ووجوب شيء فرع صحة ضمان.

قوله: (فيلزمه ما تقوم البينة على ثبوته وقت الضمان). أي: حيث كان ضمان المجهول عن الوجه المذكور صحيحاً، فاللزم ما يشت بالبينة وحواله وقت الضمان، لأنه الذي في النعمة حينئذ. قوله: (لا ما يتحدد، ولا ما يوجد في دفتر وكتاب، أو يقر به المضمون عنه).

لأن المتحدد غير ثابت حين الضمان، والموجود في دفتر وكتاب غير ثابت شرعاً، وإقرار المضمون عنه لا ينفذ على الضامن.

قوله: (أو يحلف عليه المالك برد اليمين من المديون). هذا أحد القولين للأصحاب، فإن لشيخ<sup>(١)</sup> وابن البرج<sup>(٢)</sup> قيذا اللوم باليمين المردودة، بما إذا كان الرد برضى الضامن، وقال المفيد يلزم ما يحلف عليه المضمون له<sup>(٣)</sup>، وفي المختلف: إن جعلنا اليمين لمردودة كالبينة، نزم الضامن ما يحلف عليه المضمون له، وإن جعلناه كإقرار المنكر لم يلزمه، إلا أن يكون

(١) انهاء ٣١٦.

(٢) نقله عنه للامة في المختلف: ٤٣٠.

(٣) المقعة ١٣٠.

ولو ضمن ما تقوم به البينة لم يصح؛ لعدم العلم بثبوته حينئذ،  
ولا ضمن شيئاً مما لك عليه ويصح الإبراء من المجهول.

الحلف برضى الضمن<sup>(١)</sup>.

والتحقيق: أن الرضى لا أثر له، بل يؤثر وقوع الرد منه، ولعلمهم أرادوا  
بالرضى ذلك، وتقيد المصنف بعدم اللزوم بحلف المضمون له يكون<sup>(٢)</sup> الرد من  
المدينين يعطى هذا، فإنه متى كان ارد من الضامن، أو منه ومن المضمون عنه،  
لزم ما يحلف عليه، لأن كونها كالبينة إنما هو في حق رد اليمين، لأنها إذا كانت  
كالإقرار - وهو أضعف الاحتمالين في إثبات الحق هنا - يكون كإقرار بضامن.  
وسياقي إن شاء الله تعالى تحقيق كونها كالبينة أو كإقرار في كتاب  
القضاء.

قوله: (ولو ضمن ما تقوم به البينة لم يصح، لعدم العلم بثبوته  
حينئذ).

لوقال: لعدم دلالة عقد الضمان على ضمان ما في الدمة حينئذ لكان  
أولى، وتخرج العبارة على أن المراد لعدم انحصار بثبوته من صيغة الضمان، إلى  
آخره.

قوله: (ويصح الإبراء من المجهول).

لأنه مبني على كفى، إذ هو إسقاط للحق، نعم لا بد من قصده إلى الإبراء  
من المجموع، قليلاً كان أو كثيراً، ولو ظن فسته فإن كثيراً لم يقع، وعلى هذا  
لو عرف من عليه الحق قدره عرفه صاحبه، فلو لم يفعل وأبراه منه كائناً ما كان،  
فانه يبرأ، وإلا ففيه تردد.

وفي التذكرة<sup>(٣)</sup>: لو طلب منه الإبراء لأنه اعتبه، ولم يذكر ما اعتابه به،

(١) المخطوط ٤٣٠.

(٢) في «م» و«ن»: يكون، وإشيت من مصحح الكرمة ٥ ٣٧٨، وهو الصحيح.

(٣) التذكرة ٩١٢.



ولوقان: ضمننت من واحد الى عشرة احتمل لزوم العشرة،  
وثمانية، وتسعة باعتبار الطرفين.

### المطلب الثاني: في الأحكام:

الضمان ناقل وإن لم يرض المديون، فلو أراه المستحق بعده لم يبرأ  
الضامن، ولو أبرأ الضامن برئاً معاً، ولو ضمن الحال مؤجلاً تأجل.  
وليس للضامن مطالبة المديون قبل الأداء،

ذكر وجهين لشافعية في الصحة وعدمها، ولم يرجع شيئاً.

قوله: (ولو قال: ضمننت من واحد إلى عشرة، احتمل لزوم العشرة  
وثمانية وتسعة، باعتبار الطرفين).

هذه محرحة على الخلاف الأصولي في أن الغاية داخلة في المعنى أم لا، فإن  
فيه أقوالاً: دحور الابتداء ولائب، وعدم دحولها، والعرف ويدخل الامتداء،  
والتعميل بكونه عمرة مفص محسوس فلا يدخل، أولاً - كبح طرف الحشة إلى  
طرفها - يدخل.

ودحور الامتداء لا يحسب قرب، لأن امتداء الشيء من جلته، ولأن  
الاستعمال الكثير حار على ذلك، من اخذت من واحد الى عشرة واعطيت من  
واحد إلى عشرة وعوهم، حار على أن الواحد داخل في المأخوذ والمعطى، ويجيء  
مثله في الاقرار، إن شاء الله تعالى.

قوله: (ولو أبرأ الضامن برئاً معاً).

لأن الصامن إما يرجع على المضمون عنه بما أداه، ومع الإبراء لم يؤد  
شيئاً.

قوله: (ولو ضمن الحال مؤجلاً تأجل).

بالنسبة إلى الضامن وفاء - لعقد الصحيح، وقد سبق بين صحته.

قوله: (وليس للضامن مطالبة المضمون عنه قبل الأداء).

لأنه وإن كان حق حالاً على المديون - لعدم ما يقتضي تأجيله، لأن

فإن مات الضامن حل، ولورثته مطالبة المضمون عنه قبل الأجل، ولو كان الأصل مؤجلاً لم يكن له ذلك.

ولو مات الأصيل حينئذ خاصة حجب الحاكم من التركة بقدر الدين، فإن تلف فن الوارث كما أن التناء له،

المؤجل هو الدين الذي ثبت بالضمان، لا الذي في دمة الأصيل. - إلا أن الضامن لا يستحق الرجوع حيث ثبت له، إلا بعد الأداء.

قوله: (فإن مات الضامن حل، ولورثته مطالبة المضمون عنه قبل الأجل).

إذا مات الضامن في هذه الحالة حل دية، فلا مانع من المدالبة للمضمون عنه حينئذ، لأن الدين الذي عيى حال كما قرأه، لكن لا يد في حور لمطالبة من الورثة للأصيل من الاداء، أو مطالبة المضمون له إياهم على احتمال مسأني، ومثله ما لو تراضى الضامن والمضمون عنه على إسقاطه لأجل.

قوله: (ولو كان الأصل مؤجلاً، لم يكن لهم ذلك).

لأن الحلول على الضامن لا يستدعي تحول على الأصيل، وقيل الحلول لا تحمل المطالبة، ومثله لو ضمن المؤجل حالاً عن لقول بصحته.

قوله: (ولو مات الأصيل حينئذ خاصة، حجب الحاكم من التركة بقدر الدين).

أي: مع الوارث من التصرف فيه، حدرأ من ضياع ما يؤديه لضامن بعد التحول عليه، وأما جاز ذلك لأن هذا القدر من التركة يستحق بالدين الذي في دمة الأصيل، غاية ما في الباب أنه ليس للضامن أخذه إلا بعد الأداء المتوقف على التحول.

قوله: (فإن تلف فن الوارث، كما أن التناء له).

لأنه دق على ملك الوارث، ون الدين لا يملك إلا بعد القبض، والتركة مع الدين على ملك الورث كما سبق، فعلى هذا يجب لأداء من باقي التركة وإن

ثم الضامن إن تبرع لم يرجع على المديون، وإن أذن له في لأداء، وآلا يرجع بالأقل من الحق وما أداه وإن أبرئ.

ولو أبرأ من الجميع فلا رجوع، وإن لم يأذن له في الأداء.

تصرف فيها الوارث.

قوله: (ثم الضامن إن تبرع لم يرجع على المديون وإن أذن له في الأداء).

أشار بقوله: (ثم) إلى انفصال هذا الحكم شامل لمئات الباب، ولا يحى أن الأقسام دلالة على كون الضمان والأداء معاً يادن المديون، أو أحدهما حصة، أو انتفاء الأذن عنها معاً أربعة، فذكرها حكم قسمين: تبرع الضامن بالضمان والأداء معاً، وتبرع بالضمان مع إذن مديون في الأداء، والحكم عدم الرجوع فيها عند علمنا، ذكره في التذكرة<sup>(١)</sup>، وإدق قلنا أنه ذكر قسمين، لأن حلة الوصلية تقتضي عدم لادن في الأداء مع التبرع في الضمان المذكور في عبارة.

قوله: (وآلا يرجع بالأقل من الحق وما أداه وإن أبرئ، ولو أبرأ من الجميع فلا رجوع وإن لم يأذن له في الأداء).

أي: وإن لم يتبرع بالضمان يرجع على لاصيل بأقل الأمر من الحق المضمون وما أداه، أما إذ كان حق أقل، فلأن الواجب أدائه من غير زيادة، فالزيادة تبرع.

وأما إذ كان ما أداه أقل من الحق، فلأن الضامن بما يرجع بعد الأداء، فلا يرجع بما لم يؤده، ولا فرق في عدم رجوعه بزيادة الحق عما أدى من أن يكون قد أبرئ من الزيادة بصيغة المجهول - أي: أسره المضمون له، مثلاً يختلف مرجع الضمير - وعدمه.

ويصح ترامي الضمان، ودوره، واشترط الأداء من مال بعينه، فإن تلف بغير تفريط الضامن ففي بطلان الضمان اشكال،

وشافعية<sup>(١)</sup> وجه أنه يرجع مما أُرئى منه ونحوه، لأنه هبة ومساعدة له من رب لدير، ولو أبرئ من الجميع، فلا رجوع بش ما قلناه، ولا فرق في حوز لرجوع مع الاذن في الضمان، بين أن يأذن له في الأداء وعدمه.  
 بد عرفت ذلك، فاعلم أن قول المصنف: (وإن لم يأذن له في الأداء) وصلي لقوله: (والا رجع بالأقل...)، وما بينهما من قوله: (ولو اسراً من جميع.) معترض، وهذه الوصلية يدرج فيها القسمان من الأقسام الأربعة السابقة.

قوله: (ويصح ترامي الضمان) لا يل عاية، بأن يصمن الضامن صمن آخر، والضامن الثاني ثالث، وهكذا.

قوله: (ودوره).

أي. دور الضمان، بأن يصمن الضامن الأخير الضامن عنه الأول، ووجه صحتها إطلاق النص وعدم المانع.

قوله: (واشترط الأداء من مال بعينه).

عملاً بعموم قوله عليه السلام «للمؤمن عند شروطهم»<sup>(٢)</sup> والظاهر أنه لا بد أن يكون مال المشتري الأداء منه ملكاً بضامن.

قوله: (فإن تلف بغير تفريط بضامن، ففي بطلان الضمان إشكال).

احترار بتلفه بغير تفريط عما بد فرط، فإنه حينئذ يلزمه الدين المتعلق به

(١) انظر: المجموع ٣٢: ١٤، النجاشي ١٨٦: ١.

(٢) التهذيب ٣٧١: ٧ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٢٢٢: ٣ حديث ٨٣٥.

ومع عدمه يتعلق به تعلق الدين بالرهن لا الأرض بالجاني،

بتفريطه، لكن ينبغي أن يكون ذلك المال المشروط بقدر الدين فصاعداً، فلو نقص تطرق احتمال عدم لزوم ما زاد عنه من الدين.

ومنشأ الاشكال: من أن الأداء إما يجب من ذلك المال، عملاً بالشرط وقد تعذر، ولا سبيل إلى سقوط الدين، فتعين بطلان الضمان، لانحصار الأقسام في ثلاثة، وقد بطل الأولان، ومن أن الضمان ناقص.

ولامضافة بين ثبوته في الذمة واشتراط أداء من مال بعينه، ولا يسلم بطلان القسم الأول، ولم لا يجوز أن يكون المال في ذمة الضامن، ويجب أدائه من المال المعين مختصاً بالشرط فإدائه تلفت في موضعه ويجب لأداء من مال آخر، وهذا أقوى.

قوله: (ومع عدمه يتعلق تعلق الدين بالرهن، لا الأرض بالجاني).

المتبادر عود الضمير في (عدمه) إلى سطلان لغيره، لكن الحكم يكون تعلق الدين به كتعلقه برهن بعد فرض تنفع غير منتظم، مع أن فيه فساداً آخر، وهو أنه على تقدير عدم سطلان، كيف يتصور الرجوع على المضمون عنه، هل تقدير كون التعلق كتعلق الأرض برقة الجاني؟

وتوهم أن المراد بالثاني الشق الثاني من الاشكال باطل، لأن الشق الثاني منه هو عدم سطلان الضمان كما لا يخفى، وعلى هذا التقدير كيف يمكن الرجوع على المضمون عنه؟

وسوقدر عود الضمير إلى التثنية، لئلا يسم من هذا المحذور لكن يقع في محذور آخر، وهو أن الرجوع على المضمون عنه على تقدير كون التعلق كتعلق الأرض برقة الجاني، لا يستقيم على تقدير عدم التثنية.

والحاصل أن العبرة لا تحسم من شيء، وإن كان سوق الكلام إنما يدل على إرادة المعنى الأول.

إذا تقرر هذا، فأصح الاحتمالين أن تعلق الدين بالمال المشروط بالأداء

فيرجع على الضامن، وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه، وكذا لو ضمن مطلقاً ومات معسراً على اشكال.

منه كتعلق الدين بالرهن، لا الأرض برقة الجاني، نظراً إلى أن لضمان ناقل للمال إلى دمة الضامن، ولأن الدين موضعه النعمة، ولأرض بالنسبة إلى الحاي ليس ديناً، وإنما هو حق ثبت من أول الأمر كذلك.

بكن على هذا لا يكون للإشكال في بطلان وعدمه عند المصنف وجه، بل يجب الحزم بالعدم، لأن الدين إذا كان ~~موضعه~~ النعمة، لا يرول بروال تعلقه بعين مخصوصة.

قوله: (فيرجع على الضامن).

أي: يرجع المضمون له على الضامن، حتى التماس من يكون التعلق كتعلق الدين بالرهن.

قوله: (وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه).

أي: على تقدير كون التعلق كتعلق لأرض برقة الحاي، يرجع على المضمون عنه، لأنه إما انتقل من دمه على هذا لوجه لمخصوص، وقد تعذر أخذه على ذلك الوجه، ولا سبيل إلى سقوطه أصلاً.

والتحقيق: أن هذا ليس بشيء أصلاً، لأن حقيقة الضمان تقتضي إما نقل المال، أو ضم دمة إلى دمة، وعلى كل تقدير فكيف يكون التعلق بذلك لمال المعين كتعلق الأرض برقة الجاني، مع أن الأرض لا تعلق له بدمه أحد؟

ثم إنه على هذا التقدير يجب أن لا يبقى في دمة المضمون عنه شيء، فكيف يعود إلى الدمة بالتلف بعد زواله بغير سبب يقتضي شغل الدمة؟

قوله: (وكذا لو ضمن مطلقاً ومات معسراً على إشكال).

أي: وكذا يرجع الضامن على المضمون عنه لو ضمن الضامن الدين مطلقاً. أي: لم يشترط الأداء من مال بعينه. ثم مات معسراً، ومنشأ الإشكال: من أنه لولا ذلك لضاع الدين، ومن انتقاء المال بالضمان إلى دمة الضامن

ولو بيع متعلق الضمان بأقل من قيمته لعدم الرغبة رجوع  
الضامن بتمام القيمة؛ لأنه يرجع بما أدى.  
ويحتمل بالثمن خاصة؛ لأنه الذي قضاها،

وبراءة المضمون عنه، فلا يعود.

ونمنع من أن الما ضائع بذلك، بل هو باق وإن تعذر الأخذ في الدين،  
ولو سلم فلا سبب امتناع ضياع الما، إذ لومات المديون معسراً لضاع الدين أيضاً،  
والحق أنه لا وجه لهذا الاشكال ~~فمنع~~  
مع على القول بأن الضمان ليس ناقلاً، فلا يرجع على المضمون عنه،  
لكن لا يجيء الاشكال على هذه التقدير أيضاً.

قوله: (ولو بيع متعلق بضمان بأقل من قيمته لعدم الرغبة رجوع  
الضامن بتمام القيمة، لأنه يرجع بما أدى).

أي: لو كانت قيمة الما المشروط في عقد الضمان الأداء منه باعتار  
الزمان و المكان. أزيد مما بيع به، وبيع بالأنقص لعقد الراغب حيث على خلاف  
العالم، فأدى ما بيع به في الدين، رجح الضامن على المضمون عنه بتمام القيمة،  
لأنه يرجع بما أدى، وقد أدى ذلك.

وضعف هذا من وجهين:

أ: به إما يرجع بما أدى إذا كان بقدر الدين أو أقل، وليس كذلك  
هنا.

ب: انا نمنع أنه أدى اقل أو قيمته، وإنما أدى ما بيع به. والحق بطلان  
هذا الاحتمال أصلاً، وهو فرض ذلك فيما إذا كان الدين بقدر القيمة، فصالح  
بالقدر الذي بيع به الما عن ذلك الدين، لأمكن تخيل هذا الاحتمال تخيلاً  
ضعيفاً.

قوله: (ويحتمل بالثمن خاصة، لأنه الذي قضاها).

قد علم وجهه مما سبق، وهو الأصح.

وللضامن مطالبة الأصيل إن طوّل - كما به يعمره إذا غرم - على شكّال،  
وليس له المطالبة بالتخليص قبل المطالبة.

ومن أدى دين غيره من غير ضمان ولا إذن لم يرجع، وإن أداه  
بأذنه بشرط الرجوع رجع.

قوله: (وللضامن مطالبة لأصيل إن طوّل - كما أنه يغرمه إذا  
غرم - على شكّال).

(على) يعلق (مطالبة)، فإن الاشكال في استحقاق المطالبة إذا  
طوّل، وقوله: (كما أنه يعمره إذا غرم) معترض بينهما، وهو دليل أحد طرق  
الاشكال.

وبوصحه: أن نسبة المطالبة إلى المطالبة كنسبة العريم إلى العرم، فكما  
ثبت استحقاق العريم بالعرم، يجب أن يثبت استحقاق مطالبة الضامن للأصيل،  
مطالبة المضمون له بضامن.

ووجه العدم: أن المطالبة فرع استحقاق المال، وهو إما يستحق بعد  
الأداء، لأن المال في ذمة الضامن، لانتقاله به بالضمان، ولا شيء في ذمة  
المضمون عنه، لكن بالأداء يحدث الاستحقاق، وهذا هو لأصح.

قوله: (وليس له المطالبة بالتخليص قبل المطالبة).

أي. ليس للضامن مطالبة المضمون عنه بتحصيله من الدين اللازم  
بالضمان، بأن يدفعه إليه ليدفعه إلى المضمون له، أو يدفعه الأصيل إلى المضمون له  
قطعاً، فتكون المسائل الثلاث على نصوص حسن مطالبة ورجوعه بعد الأداء حق  
ثابت قطعاً، مطالبة قبل الأداء وبعد لمطالبة وفيه إشكال، مطالبة قبل المطالبة  
لا تجوز قطعاً.

قوله: (ومن أدى دين غيره من غير ضمان ولا إذن لم يرجع).

أي. ولا إذن في الأداء، ووجهه: أنه متبرع، حلاقاً لمالك، فانه حوز



ولو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه، إذ ليس من ضرورة الأداء الرجوع وثبوته للعادة.

ولو صالح المأذون في الأداء بشرط الرجوع على غير جنس الدين احتمل الرجوع إن قال: أذ ديني أو ما عليّ، بخلاف أذ ما عليّ من الدراهم إن علق بالأداء وعدمه؛ لأنه أذن في الأداء لا الصلح.

الرجوع، إلّا إذا أدى بعدو دين عدوه، حذراً من التسلط عليه بالمطالبة، وليس هذا كما لو وحر طعامه المضطر، فإنه يرجعها وإن لم يأذن المضطر، لأنه ليس متبرعاً، بل ذلك واجب عليه.

قوله: (ولو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه، إذ ليس من ضرورات الأداء الرجوع وثبوته للعادة).

يؤيد الأول أن لا بد في الأداء أعم من اشتراط الرجوع، والعام لا يدل على الفرد المعين، وأيضاً فإن الادب في الأداء لا يدل على الرجوع بأحدى الدلالات الثلاث، والدلالة لا تنحصر فيها.

والحق أن العادة إن كانت مضبوطة، في أن من أذن في الأداء يريد به الرجوع ويكتفي بالأذن مطلقاً، استحق الرجوع، وإلّا فلا.

قوله: (ولو صالح المأذون في الأداء بشرط الرجوع على غير جنس الدين احتمل الرجوع، إن قال: أذ ديني أو ما عليّ، بخلاف أذ ما عليّ من الدراهم، إن علق بالأداء وعدمه، لأنه أذن في الأداء لا الصلح).

أي: لو صالح من أذن له في أداء دين الأذن، والحال أنه قد شرط له الرجوع على غير جنس دين، كالدنانير عن الدراهم، احتمل ثبوت الرجوع، إن كان الأذن قد قال في الأذن: أذ ديني، أو أذ ما عليّ، لأن الأداء يراد به تخليص الذمة من الدين.

ولهذا لو حلف أن يؤدي دين شخص آخر، برى بتخليص ذمته بالصلح

ولو صولح الضامن عن مائة بما يساوي تسعين رجوع بالتسعين،  
وكذا لو صولح بحط قدر أو نقص صفة.  
ولو صالح بالأزيد رجوع بالدين، ويرجع على ضامن عهدة الثمن في  
كل موضع يبطل فيه البيع من رأس،

عه، فان ذلك قضية المعروف، وهذا بخلاف ما إذا قل: أد ما علي من الدراهم،  
وعلق الحار بالأداء، لأن المراد حينئذ: كون الأداء من الدراهم، وحيث نص على  
ذلك، امتنع الحمل على المعنى الأعم.

وإنما قيد بقوله: (إن علو بالأداء) لأنه إن علق بمحذوف، على أنه مع  
عزور حال أو وصف (ما)، فان الحكم فيه كالحكم فيما لو قال: أد ما علي، لأن  
الأداء المأمور به مطلق حينئذ.

ويعمل عدم استحقاق الرجوع، لأن معنى أد ما علي: رد مثله حساً  
وقدراً، لا متاع الحقيقة، إذ ما عليه أمر كلي، فيصار إلى أقرب المحارات.  
ولما نص أن جمع أن هذا أقرب المجازات، لأن إرادته إبراء الدعة بهذا للفظ  
أشيع في الاستعمال، بل يمكن ادعاء كونه حقيقة عرفية، فالأوجه الأول.  
إذا تقرر هذا فقوله: (إن علق) يمكن قرأته معلوماً، والصمير للادن في  
الأداء، ومجهولاً والصمير للجار.

قوله: (ولو صولح الضامن عن مائة بما يساوي تسعين رجوع  
بالتسعين، وكذا لو صولح بحط قدر أو أنقص صفة).  
لأنه إنما يستحق شيئاً بالأداء، فيرجع بما أدى.  
قوله: (ولو صالح بالأزيد رجوع بالدين).

لأن الزائد تبرع منه فلا يستحقه، إذ المأذون فيه بما هو ضامن لدين.  
قوله: (ويرجع على ضامن عهدة ثمن، في كل موضع يبطل فيه  
البيع من رأس).

أي: يكون البيع باطلاً حين إيقاعه، بغوات شرط معترف فيه واقتران شرط

لا ما يتجدد له الفسخ بالتقابل، أو العيب السابق، أو تلفه قبل قبضه بل يرجع على البائع.

ولو طالب بالأرث فالأقرب مطالبة الضامن.

ولو فسخ لاستحقاق بعضه رجع على الضامن بما قابل المستحق، وعلى البائع بالآخر.

فاسد ونحوهما، لأنه حيث يكون الشيء مستحقاً لمشتري لم يخرج عن ملكه.  
قوله: (لا ما يتجدد له الفسخ بالتقابل، أو العيب السابق، أو تلفه قبل قبضه، بل يرجع على البائع).

لأن المثلث حيث يتجدد بعد المسح، فلا يكون مملوكاً للمشتري حين لصمان، فيكون صماناً لم يوجب.

قوله: (ولو طالب بالأرث فالأقرب مطالبة الضامن).

أي: لو لم يفسح به إذا ظهر المبيع معيباً ورضي بالأرث، فالأقرب أن له مطالبة صامن العهدة، ووجه القرب. أنه مال ثابت حين الضمان، لأنه عوض جزء فائت من المبيع، حيث أن ذلك المقدار من الثمن لم يقع في معاملة عوض، وسقوطه إنما يكون بالرضى بالعيب.

ويحتمل ضعيفاً العدم، لأن الأرث عوض مالا يفرد بالبيع، فلا يتقسط لثن عليه، والأصح الأول، وقد سبق في كلام المصنف استحقاق المطالبة بالأرث على طريق الجرم.

واعلم أن قوله: (ولو طالب بالأرث) يريد به إرادة المطالبة به والرضى بالمطالبة مجازاً، لأنه حيث في قوة المطالبة به.

قوله: (ولو فسخ لاستحقاق بعضه، رجع على الضامن بما قابل المستحق وعلى البائع بالآخر).

أي: لو ظهر استحقاق بعض المبيع، فتبين بطلان البيع فيه، تبعضت

ولو أخذ بالشفعة رجع على الشفيع، دون لصامن والبائع.  
وسوباع أو أقرض بشرط رهن عين أو مطلقاً فضمن تسليم الرهن  
لم يصح؛ لأن الأصل لا يلزمه ذلك.

الصمقة، فالمشتري الصم بهذا الصم، وإذا فسخ لذلك رجع من الثمن على  
الضامن بما قاسل المستحق به، لأن ضمان صحيح - لنسبة إليه لكونه مملوكاً  
للمشتري حين الضمان، وما بقي منه فيما يرجع به على النافع، لأنه حين الضمان  
لم يكن مملوكاً للمشتري فلم يصح ضمانه، إذ هو ضمان ما لم يجب، وهذا هو أصح  
القولين.

وعن الشيخ في المبسوط<sup>(١)</sup>: صحة الضمان بالنسبة إليه أيضاً وجوار  
معدالية الصامن به، فيطلبه بالجمع.

قوله: (ولو أخذ بالشفعة رجع على الشفيع دون الضامن والبائع).  
أي: لو كان المبيع الذي ضمن الصامن به عهدته الثمن للمشتري شقفا  
مشموعاً، فأخذ لشفيع بالشفعة، رجع لمشتري على الشفيع بالثمن، لأن الشفيع إنما  
يأخذ منه، ولا يرجع على الضامن - لأن الذي ضمن النافع عهدته هو الثمن المدفوع  
إلى النافع - ولا على البائع، لأن الثمن يدي نسبه أخذه بحق ولم يبطل البيع فيه.  
قوله: (ولو باع أو أقرض بشرط رهن عين أو مطلقاً، فضمن تسليم  
الرهن لم يصح، لأن الأصل لا يلزمه ذلك).

أي: لو باع نافع أو أقرض مقرض بشرط رهن عين مخصوصة، أو بشرط  
رهن من غير تخصيص بعين معينة، فضمن الصامن تسليم الرهن لم يصح الضمان،  
لأن الأصل لا يلزمه ذلك - أي: التسليم للرهن - سواء على أن الشرط في العقد  
اللازم لا يجب الوفاء به، لأنه يقلب اللزم حثراً، وقد سبق في بيع وقرض  
تحقيق ذلك، وأن هذا مذكور فيه.

ولو ضمن درك ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس لم يصح؛  
لأنه ضمان ما لم يجب، وفي ضمان النافع ذلك إشكال.

والتعليل الصحيح: أنه لا يستحق العين، وإنما يستحق الاستيثاق بها،  
وذلك ليس بما لا يصح ضمانه.

قوله: (ولو ضمن درك ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس لم  
يصح، لأنه ضمان ما لم يجب).

أي: لو ضمن غرس المشتري درك ما يحدثه المشتري في المبيع - لو كان  
أرضاً مثلاً من بناء وغرس، بحيث لو ظهر مستحق المبيع ووجب القلع، فإنه  
يشت للمشتري حيث على النافع أرض النقصان، وهو تفاوت ما بين قيمته قائماً  
ومقلوعاً، على أن يرجع بذلك على الضامن. لم يصح الضمان، ولم يستحق الرجوع  
به عليه لو ظهر الاستحقاق مملع، لأنه ضمان ما لم يجب، لأنه حين الضمان لم يكن  
مستحقاً للأرض، إنما يستحقه بعد القلع.

قوله: (وفي ضمان البائع ذلك إشكال).

أي: وفي ضمان البائع عهدة ما ذكر للمشتري إشكال، ينشأ من أنه  
ضمان ما لم يجب فلا يصح، ومن وجود سببه وهو العقد واقتضاء ذلك، فإن بيع  
المنصوب مع جهل المشتري يقتضي رجوعه عليه بما يفرمه.

والتحقيق: أن هذا الضمان لا أثر له، لأن ذلك واجب بدونه، فإنه من  
مقتضيات العقد، فلامعنى لضمانه، حتى لو ضمن مالا يقتضي العقد الرجوع به، مما  
لوغرمه المشتري بعد ظهور الاستحقاق - كموضع المنافع المستوفاة على قول - لم يصح  
الضمان، لأنه ضمان ما لم يجب.

من لامةنى لهذا الاشكال، لأن الاشكال إن كان في ثبوت ذلك على  
البائع فلا وجه له، لأن ذلك واجب، وإن كان في اقتضاء هذا الضمان ثبوته  
أيضاً ليكون مؤكداً فلا وجه له أيضاً، لأنه ضمان ما لم يجب بعد.

ولو ضمن اثنان طولب السابق، ومع الاقتران اشكال.

قوله: (ولو ضمن اثنان طولب السابق، ومع الاقتران إشكال).

ينشأ: من احتمال أمور ثلاثة متكفئة هي أقوال للأصحاب:  
الأول: التخيير في مطالبة من شاء منهم، وهو قول ابن حرة<sup>(١)</sup>، تمسكاً  
بصحة العقدين قائم الأصل.

وبن الشارح عن المصنف في درسه توجيهه: بأن مثله واقع في اعبادات،  
كالواجب على الكفدية، وفي الأموال كالعاصب من العاصب<sup>(٢)</sup>.

ومنه نظر، فإن العقدين المتساويين يتمتع تمسكاً بصحتها، ووجه التساوي:  
أن انتقال المال إلى ذمة أحدهما يقتضي أن لا يسقط إلى ذمة الآخر شيء، فيكون  
ضمانه باطلاً لا تنفع مقتضاه، ولا يعني بالباطل إلا ما لا يترتب عليه أثره.

وهذا يصلح جواباً لما ذكره المصنف، وفي العاصب من العاصب لم يثبت  
المال في ذمم متعددة، وإنما وجب عن من حرت يده على المعصوب رده على  
مالكه، عملاً بمعموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»<sup>(٣)</sup> فإن تعدد وجب البذل  
للحيلولة.

وهذا لا يتفاوت الحال فيه بقاء العبر وتلفها، ومعلوم أنه مع بقائها  
لا يكون في ذمة أحد، وإنما الذي في الذمة وجوب ردها، فظهر أنه ليس هناك مال  
واحد في ذمم متعددة، ولو قدر أنه كذلك في هذا لفرد على خلاف لأصل  
للنص والاجماع. لم تجز تعديته إلى غيره إلا بنص آخر.

الثاني: لتصنيف، فيطالب كل واحد منها بنصف المال في هذا المرض،  
ولو زادوا فبالحصة بعد اعتبار العدد، لأن الأصل صحة الضمان، ولما امتنع  
انتقال المجموع إلى كل من الذايدين ولا أوسرية، انتقل إلى كل واحدة منها

(١) قاله في الوسيعة: ٣٢٨.

(٢) إيضاح الفوائد ٢: ٨٩.

(٣) سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠.

ولو ضمن كل من المدينين ما على صاحبه تعاكست الأصالة  
والفرعية فيها إن أجازهما ويتساقطان،

ما يقتضيه التعاضد.

وفيه نظر، لأنه خلاف ما اقتضاه المقدان وأراداه الضمان، بل إن كان  
المقد صحيحاً ترتب عليه مقتضاء، وإلا كان باطلاً.

الثالث: البطلان، لتحصر في الأمور الثلاثة، وقد نزل اثنان فتعين  
الثالث، وهو الأصح.

قوله: (ولو ضمن كل من المدينين ما على صاحبه، تعاكست  
الأصالة والفرعية فيها إن أجازهما ويتساقطان).

أي، لو ضمن كل من المدينين ما على صاحبه من ادس، انتقل ما في  
دمة كل منها إلى دمة الآخر، فيصير كل واحد منهما فرعاً وبمضمونيه أصلاً،  
فتعاكس الأصالة والفرعية، فيكون كل واحد منهما فرعاً بالجهة التي يكون بها  
الآخر أصلاً.

وهذا كله إذا أحرر المضمون له ضمانها معاً، ويتساقطان بعد أداء  
الدينين، إذا كان ضمانها سواء وكان لدينان مستويين، كما لو كان لواحد على  
اثنين عشرة بالسوية، فضمن كل منها ما على الآخر بسؤاله، فإذا أدياها ثبت لكل  
منها على الآخر ما أذاه، فاستوى دينان قدرأ ووصفاً فيقع التقص.

ولا يخفى أن هذا إذا كان لضمان دفعة، أما لو وقع على التعاقب، فإن  
الجميع على الأخير.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن قوله: (تعاكست الأصالة والفرعية فيها) فيه  
إشارة إلى فائدة هذا الضمان، فانه وإن لم تكن له فائدة من جهة المطالبة - حيث  
أن المضمون له إنما يطالب كل واحد بمقدار ما كان يطالبه - لكن ترتب عليه فوائد  
أخرى باعتبار الأصالة والفرعية، فلو أبرا المضمون له أحدهما من شيء برئت ذمة  
الآخر منه، وغير ذلك.

فلو شرط أحدهما الضمان من مال بعينه، وحجر عليه لفلس قبل الأداء رجع على الموسر بما أدى، ويضرب الموسر مع الغرماء،

قوله: (ولو شرط الضمان من مال بعينه وحجر عليه لفلس قبل الأداء، رجع على الموسر بما أدى، ويضرب الموسر مع الغرماء).

هد أيضاً من فوائد الضمان، فانه لو شرط أحدهما في العقد الأداء من مال بعينه، وحجر عليه للفلس قبل أداء الدين المضمون، فإن المضمون له مقدم على العرماء بدينه، لتعلقه بالعين المشروط الأداء منها، كما في دين المرتهن بل أقوى، لما سبق من احتمال كونه كتعلق الأرض بالجاني، وحق الحذية مقدم على حق المرتهن كما سبق في رهن، وجب فاداً متوقفاً من العين استحققه للفلس على الموسر، فيرجع عليه به.

ولا يتسافطان إذا أدى الموسر الدين الآخر، لعدم استواء الدين حكماً، لأن أحدهما يستحق الجميع<sup>(١)</sup>، والآخر له حكم العرماء فيضرب معهم بالخصه، فالرائد على ما يقتضيه لتعاضد غير مستحق الآن، فكيف نفع لمساوقة به؟ واعلم أنه لا بد في الحكم من قائلين:

أول: كون المال المشروط الأداء منه بحيث يفي بذلك الدين، إذ لو قصر لكان الصامس، لمزئد من حلة العرماء، وسعته إنما لم يتعرض إليه اعتماداً على الغالب، من أنه إنما يشترط الأداء من مال يفي بالدين، على أنه ليس في العبارة ما ينافيه، لأن قوله: (رجع على الموسر بما أدى) صادق في الجميع والأقل.

الثاني: كون أداء الموسر قبل الحجر، إذ لو كان بعده لاتجه أن لا يراحم الغرماء فلا يضرب، بل يصير إلى ما بعد العقد، كمن رجع بعد الحجر على أصح الوجوه، لأن الضامن لا يستحق شيئاً على المضمون عنه إلا بعد الأداء عدس، ولهذا لا يستحق لأخذ قبضه.

وأيضاً فلا بد من كون الإفلاس طارئاً بعد الضمان، أو كون المضمون

(١) في النسخ الخطية ونسخة الأخيرة وردت هذه الجملة (بعدم) والظاهر زيادتها



وإلا طوّل من أجزائه بالجميع خاصة، فإن دفع النصف انصرف إلى ما قصده، ويقبل قوله مع اليمين، فإن أطلق فالوجه التقسيط،

عالمًا بتقدمه أو رضاه بعد عهده، فانه لو لم يكن عالمًا وفسخ لما علم، لم يترتب عليه هذا الحكم.

قوله: (وإلا طوّل من أجزائه بالجميع خاصة).

أي: وإن لم يحز المضمون له صماها، بل أثار ضمان أحدهما دون الآخر، طوّل من أجزائه بالجميع الدين الذي عليهما - بعض بالضمان، وبعض بأصل الاستدانة - دون الآخر، وهو معنى قوله: (خاصة).

قوله: (فإن دفع النصف انصرف إلى ما قصده، ويقبل قوله مع اليمين).

أي: فإن دفع من أجزائه ضمانه دون صاحبه نصف الدين - وكان ينبغي أن يأتي بالبعض بدل (النصف) فإن الحكم لا يختص بالنصف - انصرف المدفوع إلى ما قصده الدافع من الدينين، فإن قصده عن نفسه لم يرجع عن المضمون عنه، وإن قصده عنه رجع عليه، فإن وقع اختلاف بينه وبين المضمون عنه قدم قوله بيمينه، لأنه أعرف بقصده، وصرفه إلى شيء بخصوصه إنما يكون به.

قوله: (فإن أطلق فالوجه التقسيط).

أراد بالاطلاق: دفعه من غير قصد شيء من الدينين، ولا قصد المجموع، فالوجه عند المصنف التقسيط - أي: توزيع المدفوع على الدينين بالنسبة لامتناع صرفه إلى أحدهما - نظراً إلى عدم الأولوية، فتعين الأول لانحصار الحال فيها. ويحتمل صرفه الآن إلى ما شاء لعدم القصد، وامتناع وقوعه بدونه.

ويصقف بأن المدفوع إليه ملكه من حين القبض، فبمتنع أن لا يسقط شيء من الدين في مقابله، لأن قبضه إنما كان عن جهته، فتعين التوزيع لما قلناه من انتفاء الأولوية، وهو الأصح.

وينصرف الإبراء الى ما قصده المبرئ، فإن اطلق فالتقسيط.

ولو ادعى الأصيل قصده في توجه اليمين عليه أو على الضامن إشكال، ينشأ: من عدم توجه اليمين لحق الغير وخفاء القصد.

واعلم أن المصنف تردد في ارهن في نطائر هذه المسألة، ثم رجع إلى الفتوى هنا.

قوله: (وينصرف الإبراء إلى ما قصده المبرئ، فإن أطلق فالتقسيط).

أي: فإن أطلق الإبراء وعراه من قصد شيء مخصوص من واحد منها، أو من كل منها دلالة، فالحكم التقسيط المذكور في المسألة السابقة بعين ما ذكر. قوله: (ولو ادعى الأصيل قصده، في توجه اليمين عليه أو على الضامن إشكال، ينشأ: من عدم توجه اليمين لحق الغير وخفاء القصد).

أي: لو ادعى المضمون عنه على الضامن، أن المضمون له إنما أبرأ الضامن من الدين المضمون به، في توجه يمين على المبرئ أو على الضامن إشكال من أن اليمين لإثبات حق الغير لا يجوز ويمتنع توجيهها على المبرئ، لأنه إنما يثبت بها رجوع الضامن على المضمون عنه، فيكون مجرد إثبات حق الغير، فيكون اليمين في جانب الضامن.

ومن أن القصد أمر حفي على غير القاصد، فلا يحذف الضامن على قصد المبرئ، بل ينحصر اليمين في جابه.

وحمل الشارح<sup>(١)</sup> الشق الثاني من شق الإشكال على التقسيط، وهو خلاف صريح العبارة، فإن قوله: (في توجه يمين عليه أو على الضامن) يتبادر منه كون أحد الشقين توجه اليمين على المبرئ، وما ذكره في أول منشأ الإشكال صريح في ذلك، نعم يكون احتمال التقسيط احتمالاً ثالثاً، ويحتمل أيضاً

ولو ضمن الثالث المتبرع بسؤاله رجع عليه دون الأصيل وإن أذن له الأصيل في الضمان والأداء.

ولو دفع الأصيل إلى الضامن أو المستحق فقد برئ وإن لم يأذن

القرعة، لأن الواقع غير معلوم، فهو أمر مشكك.

والذي يقتضيه النظر أن يقال: إن المبرئ إن صرح في عقد الإبراء بتعين الدين الذي يبرأ منه، بحيث علم الضامن بذلك، جاز حمله على عدم سقوط الحق عن ذمة المضمون عنه، وإلا لم يخلفه على البت بل على نفي العلم، لأن الاختلاف في فعل الفين ولا يتوجه اليقين على المبرئ أصلاً، فإذا حلف على نفي العلم، انتهى المسقط للدين الذي في ذمة المضمون عنه، فيتمسك بأصله بقائه ولزوم كون الأداء عنه، فيستحق الرجوع عليه حينئذ.

وفيه نظر، لأن عدم علمه بالمسقط لا يقتضي عدمه، وأصله بقاء الدين زالت بالقطع بوجوه مسقط أحد الدينين، كما زال أصل لطهارة عما اشته فيه الطاهر بالنجس، فإن لإبراء ثابت والمبرأ منه مشتبه، على أن رجوع الضامن على الأصيل واستحقاقه الدين إنما يكون بأداء ما ضمنه، وهو غير معلوم، فيتمسك بأصله عدم الاستحقاق، ولا يرى هنا شيئاً أوجه من القرعة.

قوله: (ولو ضمن الثالث المتبرع بسؤاله، رجع عليه دون الأصيل، وإن أذن له الأصيل في الضمان والأداء).

أي: لو ضمن شخص ما في ذمة ريد تبرعاً، ثم سأل الضامن عمراً أن يضمنه فضمه، رجع الضامن الثاني على ذلك الشخص بالمال المضمون به إذا أداه، ولا يرجع على الأصيل - أعني: المضمون عنه أولاً - وإن أذن الأصيل للضامن الثاني في ضمان الضامن المتبرع وفي أداء المال، لأن ذمة الأصيل قد برئت بالضمان الأول، ولم يبق في ذمته حق، فلا أثر لإذنه في الضمان ولا في الأداء.

قوله: (ولو دفع الأصيل إلى الضامن أو المستحق فقد برئ).

هذا عود إلى أصل الباب، أي: بعد صحة الضمان، إذ دفع المضمون عنه

الضامن في الدفع، وعلى الضامن السية بالإذن لو أنكره الأصيل، أو أنكر الدين.

ولو أنكر الضامن الضمان فاستوفى المستحق بالبينة لم يرجع على الأصيل إن أنكر الدين أيضاً أو الادن،

الدين - الذي وقع لضمان به - إلى الضامن، أو إلى المستحق فقد برئ. أما إذا دفع إلى الضامن، فإنه وإن لم يستحق عنه شيئاً إلا بعد الأداء، لكن دفعه إياه لجهة ذلك الدين، فإن أدى منه هو أصح، وإن أدى من غيره قام هذا المدفوع مقام ما داه، بل لو أدى أقر يرجع عنه الأصيل بالرند. وأما إذا دفع إلى المستحق، فلأن أقصى ما فيه أن يكون قد أدى الدين الذي تزم الضامن بالضمان تبرعاً، فإنه لا يرجع عليه شيء إذا لم يؤد شيئاً. قوله: (وعلى الضامن السية بالإذن لو أنكره الأصيل أو أنكر الدين).

لأنه مدع على كل واحد من التعديريين، فإن استحقاقه الرجوع مشروط بكل من الأمرين، وهو ظاهر. قوله: (ولو أنكر الضامن الضمان فاستوفى المستحق بالبينة، لم يرجع على الأصيل إن أنكر الدين أيضاً أو الادن).

أي: لو أنكر الضامن في نفس الأمر كونه صاماً، فأقام المستحق للدين - وهو المضمون له - البينة بكونه صاماً، واستوفى ما شهدت لبيته بضمانه من الضامن، لم يرجع الضامن على الأصيل، لأنه - بكاره الضمان مقر بأنه لا يستحق في دمة المضمون عنه شيئاً، إذ وجه الاستحقاق على هذا التقدير إنما هو لضمان، وقد نهى، ولا تنفعه البينة في ذلك، تكديسه بها بنفي ضمان، وقتضائه نفيه كونه مظلوماً في المطالبة والأخذ.

ولا فرق في ذلك بين أن ينكر الضامن الدين أيضاً - أي: مع بكاره الضمان - أو ينكر الادن فيه من المضمون عنه مع إنكار الضمان وعدمه، كما هو

وإلا رجع اقتصاصاً، إلا أن ينكر الأصيل الإذن ولا بيئة.

ظاهر، فلا يظهر لاشتراط المصنف لعدم الرجوع على الأصيل أحد الأمرين، أعني: إنكار الضامن الدين - فإن انصير في (أنكر) إما يعود إليه لا إلى الأصيل، لأن مجرد إنكاره لا يمنع الرجوع، إم يوتر مع تمام البيئة واليمين لمردودة - أو إنكاره الإذن في الضمان وجه.

وكذا قوله: (وإلا رجع اقتصاصاً، إلا أن ينكر الأصيل الإذن ولا بيئة) إذ المعنى: وإن لم ينكر وحداً من الأمرين، رجع على المضمون عنه اقتصاصاً، أي: باطلاً على ما فتره بعضهم.

ولا يستقيم غيره على تقدير عرض المسألة في الضمان، إلا أن ينكر الأصيل الإذن في الضمان ولا بيئة، لأنه إذا كان رجوعه اقتصاصاً - أي: باطلاً - فلا فرق بين إنكاره الدين أو الإذن أو إقراره بها، وإنما الشرط لرجوعه اقتصاصاً وقوع الضمان في نفس الأمر.

ويمكن تنزيل العبارة على شيء آخر، وهو: أن يكون المراد بالضامن المأذون له من المديون في الأداء بشرط الرجوع.

وحينئذ نقول: إذا أنكر المأذون له في الأداء الضمان المدعى به عليه، فأقام المستحق سدين بيئة به واستوفى منه، لم يرجع على الأصيل إن أنكر الضامن الدين أو أنكر الإذن، لاستفاء جهة الاستحقاق المحصورة هنا في الضمان بسؤال، وفي الإذن في الأداء بشرط الرجوع المشروطين لشغل الدمة بالدين، فإن لم ينكرهما، لم يقدح في حواز الرجوع إنكار الضمان، فيرجع اقتصاصاً - أي: أخذ الدين الذي يستحقه - إلا أن ينكر لأصيل الإذن ولا بيئة.

ولقائل أن يقول: إن قوله (لو أنكر الضامن الضمان) ينافي ذلك، لأنه يقتضي ضامناً في نفس الأمر، فيمكن إحراء العرض الأول على ما ذكر.

ويقال: أنه إذ كان ضامناً في نفس الأمر بسؤال، لا يمتنع رجوعه على المضمون عنه بمجرد إنكار الضمان، إذا أدى الدين إلى المستحق بالبيئة، لأن

ولو أنكر المستحق دفع الضامن بسؤال قدم انكاره،

لاستحقاق الرجوع طريقين:

أحدهما: الضمان بسؤال إذا أدى الضامن.

والثاني: أداء الدين بالاذن وشرط الرجوع.

فإذا انتفى الاستحقاق لإنكار أحدهما، ينتف مطلقاً، إذ لا يلزم من نفي الأحص نفي الأعم كما هو ظاهر، فيرجع اقتصاصاً، أي: أخذاً لحق يستحقه في نفس الأمر بشروط:

أ: أن لا يسكر الضامن أصل الدين، فلو أنكره امتنع استحقاق الرجوع بالطريق لثاني أيضاً.

ب: أن لا يسكر الإذن، فإن أنكره فك الأول.

ج: أن لا يسكر المضمون عنه الإذن، أو شيئاً يتجسس شرعية، فإن انتفت امتنع الرجوع أيضاً، وحينئذ فلا يكون المراد لاقتصاص الرجوع باصناً كما قيل، بل يرجع على هذا التقدير ظاهراً.

وطريق مطالبة الضامن المنكر للمضمن في الموضع المذكور، أن يقول للمضمن عنه: إني أديت دينك على وجه يبرمك الأداء إليّ، ويقم عليه البيئة بالاذن إن كانت، وإن كان وجه الاستحقاق هو الضمان بالاذن، لأن التوصل إلى الحق بطريق لا يكون مشتملاً على محذور حذر.

فان قيل: هل يسوع أن تشهد له البيئة بالاذن، على تقدير حصوله مع سؤال الضمان ووقوعه، مع العلم بأن طريق الاستحقاق إنما هو الضمان بسؤال، وقد امتنع بانكاره؟

قلنا: لا محذور إذا كان مطابقاً لواقع، أما مع عدم المطابقة فهل تكفي شهادة البيئة بالاستحقاق في الجملة من غير تقييد بواحد من الطريقين؟ لظاهر نعم، حتى لو طلب المضمون عنه التقييد بواحد منهما لم يلزم.

قوله: (ولو أنكر المستحق دفع الضامن بسؤال قدم انكاره).

فإن شهد الأصيل ولا تهمة قبلت، ومعها يغرم ثانياً ويرجع على الأصيل بالأول مع مساواته الحق أو قصوره،

الباء في (سؤال) يتعلق بـ (الضامن) لا بـ (دفع) أي: لو نكر المستحق - وهو المضمون له - دفع الضامن لغيره سؤال ذلك الغير قدم نكاهه، تقديماً لقول المنكر بيمينه. وإنما قيد بكون الضامن سؤالاً؛ لأنه لو كان تبرعاً لم تنطبق اليه التهمة لبراءة ذمته.

قوله: (فإن شهد الأصيل ولا تهمة قبلت).

من صور التهمة أن يكون معبراً ولم يعلم المضمون له بأعساره، فإن له مسح الضامن حسناً، ويرجع على المضمون عنه، فشهادة الأصيل تدفع عنه عود الحق إلى ذمته.

ومنها: أن يكون الضامن قد صالح على أقل من الحق، فيكون رجوعه إما هو بذلك المصالح عليه، فيبطل ما يؤديه عن أصل الحق لو نكس لأداء على هذا الوجه.

ويكون ذلك موجباً لنهية نظر، إذ يكفي لعدم وجوب الرائد اقرار الضامن بذلك، ولا حاجة إلى الثبوت طاهر، فتندفع التهمة فتقبل الشهادة. ومنها: أن يكون الضامن قد تجدد الحجر عليه للفس، والمضمون عنه أحد غرمائه، فانه ثبوت الأداء يقل الغرماء فيزداد ما يضرب به.

قوله: (ومعها يغرم ثانياً، ويرجع على الأصيل بالأول مع مساواة الحق أو قصوره).

أي: ومع التهمة يغرم الضامن ثانياً؛ لانتفاء ثبوت الأداء، ثم انه يرجع على الأصيل بالأول؛ لأنه الذي وقع به الأداء باعتراه. والثاني ظلم، فلا يتفاوت الحال بكون الأول أقل من الحق والثاني بقدره، لكن يشترط أن لا يزيد على الدين؛ لأنه لا يستحق الرجوع بالرئد كما عدم غير مرة.

ولو لم يشهد رجع بالأقل من الثاني والأول والحق.

ولو ادعى القضاء المأذون له فيه فأبكر المستحق، فإن كان في عيبة الآذن فهو مقصر بترك الإشهاد، إذ كان من حقه الاحتياط وتمهيد طريق الإثبات، فلا يرجع عليه إن كذبه، وإن صدقه احتتمل ذلك حيث لم ينتفع به الأصل،

قوله: (ولو لم يشهد رجع بالأقل من ثاني والأول والحق).

أما إذا كان الأول أقل دلالة باعتراف الضامن لا يستحق غيره؛ لأنه برعمه مصوم في الأحد ثامناً، فالأداء الصحيح برعمه هو الأول فيؤخذ به. وما إذا كان لثاني أقل دلالة، لأن أداء الأول الذي يدعيه لم يثبت، وإثبات ظاهراً إما هو الثاني.

وأما إذا كان الحق أقل مهماً، دلالة به يرجع بالأقل من المدعى والحق.

قوله: (ولو ادعى القضاء مأذون له فيه فأبكر المستحق، فإن كان في عيبة الآذن فهو مقصر بترك الإشهاد، إذ كان من حقه الاحتياط أو تمهيد طريق الإثبات، فلا يرجع عليه إن كذبه، وإن صدقه احتتمل ذلك حيث لم ينتفع به الأصل).

وعلى (ادعى) هو (المأذون)، وآخره لأجل ضمير القضاء. أي: لو ادعى قضاء الدين الشخص المأذون له فيه فأبكر المستحق، أي: صاحب الدين فلا يخلو؛ إما أن يكون القضاء في عيبة الآذن في نقصاء، أو في حضوره. فإن كان ذلك في غيبته فهو مقصر بترك الإشهاد، فلم يؤد على لوجه المأذون فيه، فلا يرجع؛ لأن من حق المأذون - أي، من حق الواجب عليه - الاحتياط للأذن في إسقاط حق الغير عنه ظاهراً وباطناً، وتمهيد طريق الإثبات بالإشهاد، فنقطع عنه الدعوى. كما يجب على بوكيل الاحتياط، فلا يسلمه لمبيع حتى يسلم الثمن ونحو ذلك، فحيث ترك الإشهاد كأنه لم يقص، فلا يستحق رجوعاً.



والرجوع لاعترافه ببراءة ذمته، وفعل ما اذن فيه، فلا يخرج استحقاق المأذون بظلم المستحق.

أو يقال: إن إطلاق الإذن لما حمل على لقضاء الذي لا يتق معه دعوى الدين ثانياً بحسب الإمكان، ودلت بالإشهاد كان قضاؤه بدونه غير مأذون فيه فلم يستحق رجوعاً. وهذا التوجيه لا يفترق الحل فيه، بتصديق لآذن في الدفع وتكذيبه.

فلم يبق لقول المصنف: (إن كذبه) وجه، ولم يحسن قوله (وإن صدقه...) لأنه مدافع للتعليل المذكور <sup>وكان</sup> الأول في العبارة أن يقول: فاستحق المستحق، فإن كذبه ولا طريق اب لإثبات لم يرجع قطعاً، وإن صدقه، فإن كان في غيبة الآذن، ففي الرجوع احتمالان مشكوك: من كونه مقصراً بترك الأشهاد، إذا كان من حقه الاحتياط وتمهيد طريق الإثبات. ولأنه كمن لم يقصر إذا لم ينتفع به لأصيل وعدمه، لأن المأذون فيه العشاء وقد حصل وفي الأول قوة طاهرة، كما بيناه في كتاب الرهن.

واعلم أن قوله: (ذلك) يشير به إلى عدم الرجوع، وأن المراد به (الأصيل) هما: المدينون وهو لآذن مجزأ، إذ ليس لها ضمان فيكون مضمون عنه.

قوله: (والرجوع لاعترافه ببراءة ذمته وفعل ما اذن فيه، فلا يخرج استحقاق المأذون بظلم المستحق).

هذا هو الاحتمال الثاني المعادل لقوله: (احتمل ذلك) ووجهه أنه حيث كان مُصدقاً معترفاً ببراءة ذمته من الدين الذي كان، ويفعل المأذون ما اذن له فيه مجهولاً ومعلوم. فلا يخرج استحقاق المأذون عن اثبوت بظلم المستحق، وطلبه ثانياً. وضعفه ظاهر؛ لأن عتراه به هو براءة ذمته باطناً فقط، وفي كونه فعل ما اذن فيه مع، وقد سبق منه.

وهل له إحنلاف الأصيل لو كذبته؟ إن قلنا بالرجوع مع التصديق  
حنلفه على نفي العلم بالأداء.

وإن قلنا بعدمه، فإن قلنا: اليمين المردودة كالأقرار لم يحلفه، لأن  
غايتة النكول، فيحنلف الضامن فيصير كتصديق الأصيل.  
وإن قلنا كالبيئة حلفه، فلعنه ينكل فيحنلف.

قوله: (وهل له إحنلاف الأصيل لو كذبته؟ إن قلنا بالرجوع مع  
التصديق حلفه على نفي العلم بالأداء).

أي: هل للمأدون إحنلاف لأصيل، أي: لأقرب على تقدير تكذيبه في  
الأداء؟ يسى على استحقاق الرجوع مع التصديق وعدمه، فإن قلنا باستحقاق  
الرجوع على ذلك التقدير، حلفه على نفي العلم بالأداء، لأنه كل موضع لو أقر  
المكر لهع ادعى يتوجه عليه اليمين، لعنه يهرق فيشت الحق.

وعدى في هذا لاحتمال نظر، لأن حوت المدعى عليه بإنكار أو اقرار  
فرع توجه الدعوى، فإذا دعى المأدون لأداء نأده، لم يطالب المدعى عليه بحواب،  
إلا إذا قد بأن الإشهاد غير واجب، اد على انقول نوحونه لا يستحق شيئاً بمجرد  
الأداء حتى يقول: وأشهدت.

ومثله ما بوادعى الهبة ولم يذكر لأقرب، اد لا حكم له بدونه. فتنى  
سُمعت الدعوى، وأحاب المدعى عليه بالإكر نوجهب عليه يمين، وحيث كان  
المدعى به ومن الغير يحلف على نفي العلم به.

قوله: (وإن قلنا بعدمه، فإن قلنا: اليمين المردودة كالأقرار لم  
يحلفه؛ لأن غايتة النكول، فيحنلف الضامن فيصير كتصديق الأصيل، وإن  
قلنا كالبيئة حلفه، فلعنه ينكل فيحنلف).

هذا معادل قوله: (إن قلنا بالرجوع مع التصديق) أي: وإن قلنا بعدم  
الرجوع مع تصديق الآذن - الذي سماه (الأصيل) - يخرج توجه اليمين عليه، وعدمه  
على قاعدة هي: أن اليمين المردودة كالبيئة أو كالأقرار وفيه قولان مشهوران

ولو جحد الأصيل وصدقته المستحق احتمال الرجوع، لسقوط المطالبة بإقراره الذي هو أقوى من البينة، وعدمه، إذ قول المستحق ليس حجة على الأصيل.

يأتیان ان شاء تعالی فی کتاب القضاء.

فإن قد : إنها كالأقرار لم يحتج به، أي : لم يحتج المأذون الآذن على عدم لعدم بالأداء؛ لأن عاينه - أي : غيبة توحهه - تحببه، أي : أقصى حوله إذا خاف من البين، ولم يقر السكور عن البين فيها عن الصامس، أي : المأذون سمعه (ضامناً) مجازاً كما سمى الآذن (أصيلاً). فاد حلف صار كما يصدق الأصيل على الأداء، ولا رجوع مع تصديقه لأنه المأذون عليه.

وإن قلنا : إن المردودة كالبينة بوجهي البين عليه، وهذا كان كذلك فلم يكل فيحلف المأذون، فيكون كما لو أوم البينة بدعيه. هذا محصل كلامه، وعندي فيه نظر؛ لأن الذي يحلف عنه به هو الذي ادعى به قطعاً، والحال لا يخلو من أن تكون دعواه أنه أدى ما شهد أو بدونه، فإن كانت دعواه الأوب فلا شبهة في ثبوت ذلك بالبين المردودة، سواء قلنا هي كالأقرار أم كالبينة، ومنى أقر بذلك الآذن كان الرجوع مستحقاً.

وإن كانت الدعوى الثاني، فإن قلنا باستحقاق الرجوع بهذا الأداء، وكونه غير مقصر استحق الرجوع بتصديقه، وبالبين المردودة وإن قلنا : إن كالأقرار. وإن قلنا بالعدم، وحكمنا بكونه مقصراً فلا رجوع، سواء أقر الآذن أو اثبت ذلك بالبين المردودة أو بالبينة، فلا يظهر لهذا الذي ذكره وجه أصلاً.

فوله : (ولو جحد الأصيل وصدقته المستحق احتمال الرجوع؛ لسقوط المطالبة بإقراره الذي هو أقوى من البينة وعدمه، إذ قول المستحق ليس حجة على الأصيل).

(أي : لو جحد الأصيل اسفح المأذون فيه، وصدق المأذون المستحق للدين

ولو كان الدفع بحضور الأصل فلا ضمان، إذ التقصير يسبب له .  
ولا تفريط لو أشهد رجلاً وامرأتين، أو مستورين.

في لقضاء والدفع، احتمل الرجوع على الأصل<sup>(١)</sup>؛ لأن المطلوب بالقضاء سقوط المطالبة وقد حصل ذلك بوجه أقوى، فإن قرر المستحق أقوى من البيينة التي يمكن ظهور فسقها. وفيه نظر لمنع كون المطلوب بالقضاء ذلك. وإنما يراد به براءة الدمة ظاهراً وبطناً وعدمه، أي: وحتس عدم الرجوع؛ لأن قول المستحق ليس حجة على الأصل. وفيه نظر؛ لأن إثبات ذلك بقوله إنما هو من جهة سقوط المطالبة، لا من حيث كونه حجة عليه، والأصح عدم الرجوع لعدم تحقق ما يمتصّي الرجوع، وهو الأداء المأذون به وقرر المستحق لا يحقق لا مكان كدسه، وحوار الموطاة بين المستحق والأصل بالصبر عليه إلى مدة، واخذة الآن من المديون.  
قوله: (ولو كان الدفع بحضور الأصل فلا ضمان، إذ التقصير نسب إليه).

هذا قسم قوله أولاً: (فإن كن في عيبة الآذن) أي: لو كان الدفع من المأذون - أي سماء ضامناً - بحضور الأصل، ندي هو الآذن، فلا ضمان عليه، حيث أنه غير مقصّر بترك الأشهاد، إذ التقصير الآن يسبب في الآذن؛ لأن أمره بالدفع وهو حاضر، وسكوته على ترك الأشهاد يؤذن برضاه به، فيكون هذا التقصير من قبله.

قوله: (ولا تفريط لو أشهد رجلاً و امرأتين، أو مستورين).

وذلك لأن الأموال تثبت بالرجلين مدين قد حكم شرعاً بعد لهما، وكذا الرجل مع امرأتين كذبت. فلا يكون مقصراً بترك الأشهاد، إذ قد مهد طريق الإثبات، وكون الشاهدين في نفس الأمر فسيقن لا يعد تقصيراً؛ لأن المكلف به هو العدالة ظاهراً.

(١) ما بين القوسين لم يرد في «م».

وفي رجل واحد ليحلف معه نظراً.

ولو اتفقا على الاشهاد وموت لشهود أو غيبتهم فلا ضمان.  
ولو ادعاه الدافع فأنكر الأصيل الاشهاد تعارض أصلاً عدم  
الاشهاد وعدم التقصير؛ لكن تأيد الأول بأصالة براءة ذمته عن حق  
الدافع.

غاية ما في الباب أنها لا تثبت إلا بالمعاينة الناطقة، ومعلوم أنها لا يعلم بها  
ما في نفس الأمر، نعم لا بد من كونها عدلين في نظر الشرع حسب الاشهاد.  
قوله: (وفي رجل واحد ليحلف معه نظراً).  
أي: وفي كونه مفترطاً لو أشهد رجلاً واحداً عدلاً ليحلف هو معه، عند  
الحاجة إلى اثبات الدفع إلى المستحق بطريق: من تمهيد طريق الاثبات  
بذلك، فإن الدفع يثبت بالشاهد واليمين، فمن أنه لم يشهد اشهاداً مشأً، لأن  
الدفع لا يثبت بشاهد واحد. وبه نظراً؛ لأن الواجب هو تمهيد طريق الاثبات  
وهو حاصل بهذا، فإن الاشهاد كذلك إذا انضم إلى اليمين كان مشأً، لكن يرد  
عليه أن لو أمكنه الإثبات باليمين المردودة لم يعد مقصراً.  
ولا يستبعد أن يقال. الوجب هو الاشهاد الذي يستقل بالأدلة ثابت  
الدفع به.

لأن قيل: قد تغيب البيئة أو تموت.

قلنا: هذا ليس بمقدور للمأذون، وإنما يحاطب بمقدوره.

قوله: (ولو اتفقا على الاشهاد، وموت الشهود، أو غيبتهم  
فلا ضمان).

لعدم التمريض حينئذ؛ لأن بقاء الشهود ليس مقدوراً له.

قوله: (ولو ادعاه الدافع فأنكر الأصيل الإشهاد، تعارض أصلاً  
عدم الاشهاد، وعدم التقصير. لكن تأيد لأول بأصالة براءة ذمته عن حق  
الدافع).

## الفصل الثاني: في الحِوَانَةِ:

وهي عقدُ شرعٍ لتحويلِ المالِ من ذمةِ إلى أخرى.  
وشروطها ثلاثة: رضى الثلاثة،

ي: لو ادعى الاشهاد الدافع وهو مذون، وأسكر الأصيل وهو لآذن  
تعرض أصلاً: أصل عدم الاشهاد، وأصل عدم لتقصير الموجب لعدم استحقاق  
الرجوع، بكر الأصيل الأول متأكد بأصل آخر، وهو أصالة مراءة ذمة لأصيل عن  
حق الدافع فإن شغل ذمته لم يكن ثباتاً، وإنما يحدث بالعصاء لأذون  
فهو الاشهاد، وأصل عدمه إلى أن ثبت مبرحج يجب الاصيل، فيقدم انكاره  
بإثباته.

قوله: (وهي عقد شرع لتحويل مال من ذمة إلى ذمة أخرى).

ق: هذا صادق على المصنفين والمعنى لأخص، فإنه عقد شرع لتحويل  
المال من ذمة إلى أخرى؛ لأن المال ينتقل من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن.  
واسبب في هذا التعريف، أن المصنف لما لم يشترط في الحِوَانَةِ شغل ذمة  
المحال عنه، حاول في التعريف شموله لهذا القسم، أعني ما تكون ذمة المحال عليه  
فيه بريئة، فترك المفيد بقوله: مشعوبة مثله. ويمكن دفعه بأن المراد عقد مخصوص  
شرع لكدا إلى آخره.

قوله: (وشروطها ثلاثة).

لمراد: شروط صحة.

قوله: (رضى الثلاثة).

لأصححنا قول: بأنه لا يشترط رضى محال عليه، ويلوح من مختلف الميل  
إليه<sup>(١)</sup>، ولشهور اشتراطه. ووجهه أن نقل المال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال

وعلمهم بالقدر، ولزوم الدين أو كونه صائراً إليه وعلم المحتال باعسار المحال عليه لو كان أو رضاه به بشرط اللزوم.

عليه تابع لرضاه.

ولاربيب في متعة دليل لأول، فإن تمسك بأصالة علم الاشتراط، ويمنع كون الخوالة تقتضي لقن، بل هي يدعى في دمة العين، فلا يقصر عن بيع ما في دمة الغير، ولا يشترط فيه الرضى، إلا أن لشهرة، ومنه لشيخ الإجماع<sup>(١)</sup> مرجع للاشتراط. وهذا كله إذا كانت الخوالة على مشغول الدمة، أما على أبريء فلا بد من رضاه قطعاً.

قوله: (وعلمهم بالقدر).

لأن الخوالة إن كانت ساعاً ظاهراً، وإن كانت متعاً فلا بد من العلم، إذ لا يمكن متعاً المجهول. واحتمل في ستدكرة صحة الخوالة بالمجهول، ويلزم ما تقوم به البينة كما في الصمان<sup>(٢)</sup>، والمشهور لأول.

قوله: (ولزوم الدين أو كونه صائراً إليه).

في شرط هذا، مع انقول بأن الخوالة على أبريء الدمة حرة نظراً.

قوله: (وعلم المحتال باعسار المحال عليه، لو كان، أو رضاه به بشرط اللزوم).

أي: ليس هذا شرطاً للصحة، فتنى لم يعلم بالإعسار ثم ظهر وجوده حال العقد فله الفسخ، برواية منصور بن حازم عن أحمد بن محمد بن عيسى السلام<sup>(٣)</sup>.

(١) الخلاص ٧٧، ٢ مسألة ٢، كتاب الخوالة

(٢) التذكرة ١١٧، ٢

(٣) الكافي ١٠٤: ٥ حديث ٤، التهذيب ٢٦٢: ٦ حديث ٤٦٨.

وهل يشترط شغل ذمة محال عليه بمثل الحق للمحيل؟ الأقرب عدمه، لكنه أشبه بالضمان، ولا يجب قبولها وإن كانت على مبي، فإن قس لزم، وليس له الرجوع وإن افتقر.

قوله: (وهل يشترط شغل ذمة محال عليه بمثل الحق للمحيل؟ الأقرب عدمه، لكنه أشبه بالضمان).

اختلف كلام الأصحاب في اشتراط شغل ذمة المحال عليه بدين لمحيل لتصح الحوالة، فحورها شيخ بدون الشغل<sup>(١)</sup>، ومنع أخرى<sup>(٢)</sup> والأقرب عند المصنف عدم الاشتراط، تمسكاً بأصل الجور وأصل عدم الاشتراط، وهذا إنما يجري على القول بأن الحوالة اسماء أما على القول بأنها بيع فلا.

وعلى الأقرب فعقد الحوالة أشبه شيء بالضمان، لأن كل واحد منها يقتضي نقل المال من ذمة مشغولة الى ذمة بريئة، فكان المحال عليه بقبوله بذلك صامناً لدين المحتال على المحيل.

قوله: (ولا يجب قبولها وإن كانت على مبي).

لأن اوجب أداء الدين، وليست الحوالة أداء، وإنما هي نقل الدين من ذمة الى ذمة<sup>(٣)</sup>، فيمتنع بدون رضى صاحبه، خلافاً لاحد<sup>(٤)</sup>.

قوله: (فإن قبل لزم، وليس له الرجوع وإن افتقر).

لأن الحوالة موجبة للبراءة من الحق، فلا يعود إلا بسبب، ولرواية عقبة بن حعفر، عن أبي الحسن عليه السلام<sup>(٥)</sup>، خلافاً لبعض العامة<sup>(٦)</sup>.

(١) المبسوط ٢: ٣١٣، خلاص ٧٧٠٢ مسألة ٣ كتاب الحوالة.

(٢) المبسوط ٢: ٣١٦.

(٣) في «ق»: نقل من النعمة الى النعمة.

(٤) المغني لابن قدامة ٥: ٦١.

(٥) التهذيب ٦: ٢١٢ حديث ٥٠١.

(٦) انظر المغني لابن قدامة ٥: ٥٩.



ولو ظهر له فقره حاد حوالة تختبر في الفسخ.  
وهل يتخير لو تحدد اليسر والعلم بسبق الفقر؟ اشكال.  
وهي ناقله، فيسراً المحيل عن دين المحتال وإن لم يرثه المحتال على رأي،

قوله: (ولو ظهر له فقره حال حوالة تختبر في الفسخ).  
سرواية مصورس حازم، عن الصادق عليه السلام، وبوجود المفتضي للخيار

قوله: (وهل يتخير لو تحدد اليسر والعلم بسبق الفقر؟ اشكال).  
أي: لو أُحيل على شخص محتال فيه، وكان معسراً ولم يعلم بعساره حتى تحدد له اليسر، فهل يتخير في الفسخ أم لا؟ فيه شك يشأ: من أن المفتضي له هو يعيب بالمعسر وقد رر فيرون لحكم.  
ومن أن الخيار قد ثبت من حين العقد، والأصل بقاؤه. وهذا أظهر، فإن المفتضي ليس هو العيب في أحسنه بالمعسر، بل يعيب بالمعسر وقت الحوالة وهذا م  
يستف، فيبقى حكمه وهو ثبوت الفسخ.  
قوله: (وهي ناقله، فيسراً المحيل عن دين المحتال، وإن لم يرثه المحتال على رأي).

هذا مذهب ابن ادريس<sup>(١)</sup>، وهو المشهور وعليه المتوى، لأن نقل الحق بالحوالة يقتضي عدم الاحتياج الى إبراء. وقال الشيخ: لا يبرأ إلا أن يرثه<sup>(٢)</sup>، محتجا برواية زرارة في الحسن عن الصادق عليه السلام «وإن لم يرثه فله أن يرجع على الذي أحاله»<sup>(٣)</sup>. ويمكن ترتيبها على ما اذا ظهر إعسار المحال عليه وقت الحوالة، جمعاً بين الأدلة.

(١) انظر: ١٧٣.

(٢) النهاية ٣١٦.

(٣) الكافي ١٠٤: ٥ حديث ٢، التهذيب ٢١١: ٦ حديث ٤٩٦.

ويتحول حقه الى ذمة المحال عليه، ويبرأ محل عليه عن دين المحيل.  
وتصح على من ليس عليه حق، أو عليه مخالف على رأي.

قوله: (ويتحول حقه الى ذمة محل عليه، ويبرأ لمحال عليه عن دين المحيل).

هذا مما يتفرع على قوله: (وهي نافذة) فهو من تامة التفريع، ووجهه أنه متى انتقل الحق من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه، صدر ما في ذمته حقاً لمحتال، فامتنع بقاؤه على ملث المحيل.

قوله: (وتصح على من ليس عليه حق، أو عليه مخالف على رأي).

قد سبق صحبه على من ليس عليه حق، والكلام هنا إما هو في من عليه مخالف، والمخالف فيه الشيخ رحمه الله، قال في المبسوط: لا تصح الحوالة إلا بشرطين: تماق حقي في الجنس ولوع وانصمة، وكوب الحق مما يصح فيه أخذ بدل قس قبضه؛ لأنه لا تحوز الحوالة بالسلب منه، لأنه لا تحوز المعاوضة عليه قبل قبضه<sup>(١)</sup>.

وتبعه ابن البراج<sup>(٢)</sup>، وابن حزم<sup>(٣)</sup>، ويعتمد عدم اشتراط ما ذكره تمسكاً بالأصل، وبعموم (أوفوا بالعقود)<sup>(٤)</sup> وأن حولة إن كانت استيفاء فطهر، فإن إيماء الدين بغير حسبه جازم مع التراخي، ويركبت بيماً فطهر.  
وما ذكره في مال السلم ونحوه مبني على عدم حوار الاستبدال عنه قبل القصد، وهو ضعيف، مع أن الحوالة استيفاء لمعاوضة كما سيأتي.

(١) المبسوط ٢: ٣١٣.

(٢) لم يحده في مقدمه، وقال سيد العامل في مدح الكرم ٥: ٤١٠ حكى عنه ذلك.

(٣) الوسيطة: ٣٢٩.

(٤) المائدة ١.

ويصح ترامي الحوالات، ودورها، والحوالة بما لا مثل له، وبالثمن.  
في مدة الخيار، وبمال الكتابة بعد حلول النجم، وقبله على اشكال.

قوله: (ويصح ترمي الحوالات ودورها).

تمسكاً بالأصل، وعموم (وفوا بالمعقود)، والمراد بترمي الحوالات: وقوع  
الحوالة من المحال عليه على حر من غير تقييد بعاية مخصوصة، فلو أحال المديون زيدا  
على عمرو، ثم أحال عمرو زيدا على بكر، ثم أحال بكر زيدا على خالد، حار  
وهكذا لثبوت الدين في كل مرتبة وتحقق الشروط.

ومتى أحال المحال عليه على كذا لأول، وقد علم أن المحتل واحد والمحيل  
والمحال عليه متعدد. والمراد (دورها): عودها إلى المحل الأول، في المثال يحل  
خالد على المديون لأول، وإن كانت دمه مشعولة بمثل ذلك الدين خالد فلا بحث  
في الصحة، وإلا فعلى ما أحترناه من سواز الحوالة على الرىء، وعلى من عدّه  
مخالف يجوز هنا لو كان أحدها.

قوله: (والحوالة بما لا مثل له).

المراد به الحوالة بالقبضي، فانه يدي لا مثل له، وهذا بناء على أن  
الواحد في القبضي مثله، ثم ينتقل إلى القيمة امتنع حيث أنه لا مثل له، وإن  
كان المذهب أن الواحد فيه من أول الأمر القيمة، لكن لمصنف أراد ثبوت  
صحة الحوالة فيه، وإن قد: أن واحد فيه هو المثل ثم ينتقل إلى القيمة، لأن  
الوصول إلى الحق ممكن بامثل، وبالقيمة بما لا مثل له، ومتى أمكن الوصول إلى  
الحق فلا مانع من صحة الحوالة.

قوله: (وبالثمن في مدة الخيار).

لأنه حق ثابت قبل إلى للروم، وتزله لا ينافي بقله إلى ذمة أخرى  
ولا استيفاءه.

قوله: (وبمال الكتابة بعد حلول النجم، وقبله على إشكال).

أما بعد حلول النجم فلا مال ثابت في ذمة المكاتب، فصحت الحوالة به

ولو أحوال المكاتب سيده بضمن ما باعه جاز، ولو كان له على  
اجنبي دين فأحوال عليه بمال الكتابة صح؛ لأنه يجب تسليمه.  
ولو قضى المحيل الدين بمسألة المحل عليه رجع عليه، وإن تبرع لم  
يرجع ويبرأ المحال عليه.

على العبد. وأما قبله وشكالك عند المصنف، وقوى في التذكرة الجواز<sup>(١)</sup>، ومنع  
الشيخ من الحوالة به على العبد، واصلق حوار تعجيز نفسه فلا يمكن الزامه  
بالأداء<sup>(٢)</sup>.

ومشأ الاشكال الذي ذكره المصنف: من جواز تعجيز نفسه، وامكان  
مونه قس حلول السهم، فيظهر عدم الاستحقاق. ومن أنه مال ثبت بعقد لازم،  
ومنع حوار تعجيز نفسه، ولو سلم فلا ينقص حاله عن الثمن في مدة الخيار،  
والأصح الجواز مطلقاً.

ولو أحوال المكاتب السيد على انسان بمال الكتابة صححت الحوالة عندنا،  
وعند كثير من العامة<sup>(٣)</sup>، ذكره المصنف في تذكرة<sup>(٤)</sup>، وهو المراد من قوله: (ولو  
أحوال المكاتب سيده بضمن ما باعه جاز).

وكذا قوله: (ولو كان له على اجنبي دين فأحوال عليه بمال الكتابة صح)  
لأنه يجب تسليمه، وقد كان هذا الاحير مغيباً عما قبله، لأن الدين شامل للثمن  
وغيره.

قوله: (ولو قضى المحيل الدين بمسألة المحال عليه رجع عليه، وإن  
تبرع لم يرجع ويبرأ المحال عليه).

أي: بعد صحة الحوالة، وتحول الدين من ذمة المحيل - الذي هو المدينون -

(١) التذكرة ٢: ١٠٧.

(٢) المبسوط ٢: ٣٢٠.

(٣) انظر: مجموع ١٣: ٤٢٧.

(٤) التذكرة ٢: ١٠٧.

ولو طالب المحال عليه لحيل بما قبضه المحتال، فادعى شغل ذمته  
قدم قول المنكر مع اليمين.

ولو احتال الساع ثم ردت السعة بعيب سابق، فإن قلنا: الحوالة  
استيفاء بطلت؛ لأنها نوع اروق، فإذا بطل الأصل بطلت هيئة الارفاق،

الى ذمة المحال عليه، واحكم مرءة ذمة المحيل لو أن المحيل قضى الدين الذي  
أحاله به، فإن كان ذلك بمسألة المحال عليه على وجه يقتضي الرجوع رجع عليه،  
لأنه أوفى دينه بمسأله المقتضية للرجوع.

وإن تبرع أي: لم يكن بمسأله، فإن ذلك يعد تبرعاً، وإن لم يقصد التبرع  
لم يرجع عليه أصلاً، ويبرر المحال عليه من الدين.

قوله: (ولو طالب المحال عليه المحيل بما قبضه المحتال، فادعى شغل  
ذمته، قدم قول المنكر مع اليمين).

أي: لو أحال المدين على غيره، وقبل وأدى الدين، فطالب المحال عليه  
(المحيل بما قبضه المحتال، فادعى محيل شغل ذمة المحال عليه)<sup>(١)</sup> بمثل ما أدى  
فانكر قدم قوله بيمين؛ لأنه منكر سدين، والحوالة لا تقتضي شغل الذمة على  
الأصح، ولو قلنا بقتضائها ذلك، فالأصل براءة ذمة المنكر فيحلف.  
من قين: الأصل صحة الحوالة فيتمارضان.

قلنا: سيأتي ان شاء الله تعالى بيان عدم الاعتداد بهذا الأصل عن قريب.  
فرع: لا يرجع المحال عليه مع براءة ذمته إلا بعد الأداء لأن الحوالة  
حينئذ في معنى الصمان.

قوله: (ولو احتال الساع ثم ردت السعة بعيب سابق، فإن قلنا:  
الحوالة استيفاء بطلت؛ لأن نوع ارفاق، فإذا بطل الأصل بطلت هيئة

كما لو اشترى بدراهم مكسرة فأعطاه صحاحاً، ثم فسخ فإنه يرجع بالصحيح.

الإرفاق، كما لو اشترى بدراهم مكسرة وأعطاه صحاحاً ثم فسخ، فإنه يرجع بالصحيح).

أي: لو احتال البائع بالثمن من المشتري على ثالث، ثم رد المشتري السلعة بوجوه عيب سابق على العقد، بني الحكم على أن الحوالة استيفاء أو بيع أو اعتياض. فإن قلنا بالأول بطلت؛ لأن الحوالة على هذا التقدير نوع إرفاق، ومساعدة للمدينين بحمل ما في ذمة غيره وفاء لما في ذمتهم.

فاد بطل الأصل - وهو الدين الذي وقع الإرفاق بإيفاء ما في ذمة الغير عنه - بطلت هيئة الإرفاق التابعة له، لا امتناع بقاء التابع بعد زوال المتبوع.

وإما قضا: إن تلك الهيئة تابعة للدين، لأنها هيئة للايماء التابع للدين قطعاً على القول المفروض، وهذا كما لو اشترى بدراهم مكسرة شيئاً، ثم دفع عنها صحاحاً تطلوعاً، ثم رد بالعيب فإنه يسترد الصحاح.

ولا يقال: يطالب عثل المكسرة، لينق التبرع بصفة الصحة، وإن كان لولا الفسخ لكان هذا لدفع لازماً. قال في شرح الإرشاد في بيان وجهي بطلان الحوالة بفسخ البيع وعدمه ما محصله: إن الحوالة تابعة للبيع، فإذا بطل بطلت، لا امتناع بقاء التابع بعد زوال<sup>(١)</sup> متبوعه، ووجه العدم أنها ناقلة للمال على وجه لازم، فلا يزيل ذلك الفسخ الطارئ.

والتحقيق: أن الحوالة اقتضت مقاسة المال بمال له ما في ذمة المدينين، فاما مقابلة معاوضة على أن أحدهما عوض عن الآخر، أو تعيين الحق الذي في ذمة المحيل، وليس هنا قسم ثالث بل القسمة حاصرة.

بل المحال به: إما تعيين للدين، كما يعين في أي جهة كانت من جهات

وإن قلنا: إنها اعتياض لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعيب فإنه يرجع بالثمن لا الثوب، فللمشتري الرجوع على البائع خاصة إن قبض ولا يتعين المقبوض،

القضاء، أو تملك له في مقابل الآخر على جهة الاعتياض، ولا يخفى ضعف كونه معاوضة فتعين الآخر.

قوله: (وإن قلنا: أنها اعتياض لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً، ثم رد بالعيب فإنه يرجع بالثمن لا الثوب).

أي: وإن قلنا: إن الحوالة عقد مقصود به مقابلة أحد الموضيين بالآخر، على جهة الاعتياض فيكون قبض، كما لو استبدل عن الثمن المقبوض ثوباً، باع أحدهما بالآخر، ثم رده للمشتري المبيع بالعيب فإنه يرجع عن الثمن - لأن الثمن قد صار ملكاً للآخر لا ناشوب؛ لأنه مملوك بمعاوضة مستغلة.

ومما يدل على أن الحوالة ستيقاء: أنها لو كانت اعتياضاً وبيعاً وكانت بيع دين بدين، ولما جارت في القود إلا مع التقابض قبل التفرق، ولوجب على المحيل تسليم ما أحال به، كما يجب على الدئع تسليم المبيع، فلا يبرأ بمجرد الحوالة، وكل اللوازم دطنة، فظهر أن القود بأنها استيقاء أقوى.

قوله: (وللمشتري الرجوع على البائع خاصة إن قبض).

هذا تفريع على بقول بأنها اعتياض، أي: - فعلى هذا - للمشتري الرجوع على البائع بالدين المحال به، لأنه قد صار ملكاً له بالحوالة التي هي بيع خاصة، أي: لا على المحال عليه. كما لو باع ما في ذمته بعوض، ثم طرأ البطلان على المعاوضة الجارية على ذلك العوض، وقد قبض الدين المبيع فإنه يرجع على البائع لا على المدين. هذا إن كان قد قبض ذلك الدين، فإن لم يكن قد قبض فسيأتي.

قوله: (ولا يتعين المقبوض).

أي: على تقدير قبض البائع ما حيل به، ثم فسخت المعاوضة بالعيب

وإن لم يقبضه فله قبضه.

وهل للمشتري الرجوع قبل قبضه؟ فيه شكال ينشأ: من أن الحوالة كالتقص وهذا لا يحبس لبائع بعدها السلعة، ومن أن التفرير للمقبوض ولم تحصل حقيقة،

لا يتعين ذلك المقبوض للمشتري؛ لأنه مملوك لبائع بعد معاوضة بالاستقلال، بل الواجب مثله.

قوله: (وإن لم يقبضه).

هذا فرع آخر على كون الحوالة بيعاً، أي: وإن لم يكن البائع قد قص ما أحيل به، ثم طرأ المسح بالعيب فله قبضه، لأنه يملكه معاوضة مستقلة.

قوله: (وهل للمشتري الرجوع قبل قبضه؟ فيه شكال ينشأ: من أن الحوالة كالتقص، ولهذا لا يحبس البائع بعدها السلعة، ومن أن التفرير للمقبوض ولم تحصل حقيقة).

هذا مسح المشتري بالعيب، ولم يكن البائع قد قص ما أحيل به عن الشئ، فبناء على أن الحوالة بيع هل للمشتري الرجوع على البائع بمثل الما المحال به؟ فيه إشكال عند المصنف ينشأ: من أن حوالة كالتقص بدليل أن سائع اذا أحيل بالشئ وقبل لم يكن له حبس السلعة، وبولا أنه كالتقص لم يكن له ذلك، فانه يجوز له الحبس الى أن يقبض بغير خلاف ومن أن أخذ عوض من البائع إنما هو عن المقبوض، والى الآن لم يحصل لقبض حقيقة وإن حصل ما يقوم مقامه.

وليس هذا بشيء، لأن البائع حيث ملك المحال به بالحولة - التي هي بيع - خرج ذلك عن كونه ملكاً للمشتري، فلا بد أن يثبت عوضه في ذمة البائع، حيث حصل الفسخ وثبت التراد في الموضين، ولا أثر لقبض وعدمه في ذلك. (ولا يخفى أن التفرير)<sup>(١)</sup> ليس للمقبوض، بل لما ثبت في ذمة البائع بدلاً

(١) في «م»: ولأن التفرير.



فإن منعنا لرجوع فهل للمشتري مطالبته بتحصيل الحوالة ليرجع؟ اشكال.  
وعلى تقدير ابطالان لا يرد البائع الى المحال عليه، بل الى  
المشتري، ويتعين حقه فيما قبضه،

عن الدين بذي كان ملك لمشتري. ومن هذا يعلم أن توجيه لشق الأول من  
شقي الاشكال، يكون الحوة كقبض - في كلام المصنف - ضعيف، والصحيح  
ما قلناه، ولأصح أن له الرجوع في هذه الحالة لوقفاً بأن الحوالة اعتياد.

قوله: (فإن منعنا الرجوع، فهو للمشتري مطالبته بتحصيل الحوالة  
ليرجع؟ إشكال)

أي: وإن منعنا رجوع المشتري كحق البائع حيث حصل قبض، ولم يكن  
قبض الى أن قبض، فهل للمشتري مطالبة البائع بتحصيل الحوالة، أي: يقبض  
المال المحال به ليرجع عليه؟ إشكال عند المصنف أيضاً. من أنه ليس للانسان فهر  
غيره على قبضه حقه، والحوالة حق للبائع.

ولأن وجوب التعريم متوقف على قبض، واستحقاق المطالبة متوقف على  
وجوب التعريم، فلو توقف وجوب قبض على استحقاق المطالبة لزم الدور. ومن  
أنه لولا ذلك لأمكن معاندة البائع إياه بتأخير قبض حقه، فيؤدي الى صياح ما به،  
وهو ضرر مني بقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(١)</sup>.

ولا يخفى ضعف هذا الاشكال، فإن للمشتري الرجوع وإن لم يقبض البائع  
كما قدمناه. لكن تعريفاً على اوجه الآخر - الثاني من شقي الاشكال - ضعيف؛  
لأن إيجاب قبض مال لانسان عليه، ليرتب عليه حق لغيره لم يكس قبل ذلك  
ضرراً، والضرر لا يزال بالضرر.

قوله: (وعلى تقدير ابطالان لا يرد البائع على المحال عليه، بل يرد  
على المشتري، ويتعين حقه فيما قبضه).

هذا تفريع على أن حوة استيفاء، رجع اليه بعد الفراغ من التفريع على

(١) الكافي ٢٩٢، ٥ حديث ٢، نقيه ١٤٧، ٣ حديث ٦٤٨، التهذيب ١٤٦: ٧ حديث ٦٥٦.

فإن تلف فعليته بدله، وإن لم يقضه فلا يقضه، فإن قبضه فهل يقع عن المشتري؟ يحتمل ذلك؛ لأنه كان مأدوماً في القبض بجهة، فاد بطلت بقي أصل الإذن. والأصح العدم؛ لأن الإذن سدي كان ضمناً لا يقوم بنفسه. والوكالة عقد مخالف للحالة،

أما اعتياض. وصورته: أن البائع قد قص من المال عليه ثم طرأ الفسخ، فبناء على بطلان الحالة - لكونها استثناء لما امتنع الاستثناء عنه - لا يجوز للبائع أن يرد ذلك لمقصود في الحال عليه؛ لأنه مال للمشتري قد تعين بالقض عن سدي الذي كان عليه كونه له، ولا لامتناع وقوعه عن ديه، فلا يبرر ذلك نزوال الدين، ويرده على المشتري، ويتعين حل المشتري في ذلك الذي قبضه البائع لما قلده.

قوله: (فإن تلف فعليته بدله)

لأنه قبضه بدلاً عن ماله الذي هو ثم. فيكون مضموناً.

قوله: (وإن لم يقضه فلا يقضه).

أي: وإن لم يكن البائع قد قص من حاله، حالة، حتى طرأ الفسخ فلا يقضه الآن لخروجه عن الاستحقاق، لامتناع الاستثناء بعد سقوط الدين.

قوله: (فإن قبضه فهل يقع عن مشتري؟ يحتمل ذلك، لأنه كان مأدوماً في القبض بجهة، فإذا بطلت بقي أصل الإذن. والأصح العدم، لأن الإذن الذي كان ضمناً لا يقوم بنفسه، ووكالة عهد مخالف للحالة).

أي: فإن قبض البائع مال الحالة في هذه الحالة - وهي طرأ الفسخ قبل قبضه إياه، وقد منعناه عنه - فلا يقع له قطعاً، إذ لا استحقاق له. لكن هل يقع عن المشتري بحيث يتعين له بهذا القبض؟ فيه احتمالان:

أحدهما: نعم؛ لأنه كان مأدوماً في قبض، عهدة مخصوصة وهي الحالة، فإذا بطلت بقي أصل الإذن، نظراً إلى أن حصص إذا رتفع يبقى العدم، وأصحها عند المصنف العدم، وهو الأصح؛ لأن لادب العدم إنما كان في صس الإذن

بخلاف ما لو هددت الشركة والوكالة فإن الإذن الضمني يبقى ويصح التصرف، ولأن المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالإذن وهما مختلفان، فبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر، وفي الشركة يتصرف بالإذن فإذا بطل خصوص الإذن بقي عمومته.

الخاص، والإذن لصمني لا يقوم بنفسه، فيرتفع بارتفاع ما يضمنه. ومعنى قوله: (والوكالة عقد محلف للحوالة) أنه لو ثبت الإذن في القبض هنا لكان وكالة؛ لأنه استنبط في القبض من الدليل. فان ادعى يحوله - من يحوز القبض هنا - إنما هو القبض عن المشتري، وليس لهذه الوكالة ما يقتضيها لا الحوالة، ومعلوم أنها عمدة مختلفان لا يقتضي أحدهما الآخر.

قوله: (بخلاف ما لو هددت الشركة والوكالة، فإن لادن الضمني يبقى ويصح التصرف؛ لأن المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالإذن وهما مختلفان، فبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر، وفي الشركة يتصرف بالإذن، فإذا بطل خصوص الإذن بقي عمومته).

أشار بقوله: (بخلاف) إلى جواب مؤل مقدر صورته: أنه كيف انتهى اللادن في قبض المال المحل به نظروا بطلان الحوالة، مع أن اللادن في التصرف يبقى في الوكالة والشركة العاسدين، كما لو وكنه في التصرف إذا جاء رأس الشهر، وشاركه على الاستواء في الربح واحتصص أحدهما بالخسار، فيعتبر اللادن الصمني فيها ويحكم ببقائه؟

وجواب: الاختلاف بينهما وبين الحوالة، لأن المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق (لا للمحيل بالادن، وهما أي: قبضه لنفسه بالاستحقاق)<sup>(١)</sup> وقبضه للمحيل بالادن مختلفان؛ لأن أحدهما حوالة والآخر وكالة، فبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر قطعاً، إذ من المعلوم ليس أن الحوالة لم تتضمن التوكيل، كما أن

ولو أحوال البائع رجلاً على المشتري فالأقرب عدم بطلان الحالة بتجدد الفسخ؛ لتعلق الحالة بغير المتعاقدين، سواء قبض أو لا.

البيع لم يتضمنه. فإذا بطلت الحالة توقف ثبوت الوكالة على مقتضى له كما في الشركة والوكالة.

واقصر المصنف على الشركة يشاراً للاقتصار، و اعتماداً على حصول المراد بذكرها، فإنه يتصرف بالادن حيث متناه في التصرف، فإذا بطل حصول الاذن لفساد العقد بقي عموم، هذا محصل كلامه.

والحق أن الذي يتحصل مما ذكره، هو أن بقاء الاذن في التصرف في الوكالة والشركة إذا فسدت، أقرب من ثبوت وكالة بفساد الحالة (شدة لعدم بينهما)<sup>(١)</sup>.

أما صحة بقاء الادن الضمني فيها، بحيث يحكم بخوار التصرف بمجرد ادعاء بقاء عموم الاذن فليس مظاهراً لامتداع بقاء الضمني بعد ارتفاع المطبق، إلا مدليل يدل عليه غير كونه ضمنياً.

واعلم أن اللام في قوله. (لأن احتمال) تنطلق بالنسبة بين قوله: (بحلاف) وبين المحذوف، والذي تقديره: وهذا بحلاف ما لو فسدت لشركة الى آخره، ونحوه.

قوله: (ولو أحوال البائع رجلاً على المشتري فالأقرب عدم بطلان الحالة بتجدد الفسخ؛ لتعلق الحالة بغير المتعاقدين، سواء قبض أو لا).

أي: لو انعكس المرض، بأن أحد البائع رجلاً آخر بدين له على المشتري بثمن المبيع، وبعد استكمال الحالة فسخ المشتري بالعيب، فالأقرب عند المصنف عدم بطلان حالة هنا بتجدد الفسخ، لتعلق الحالة بغير المتعاقدين، حيث أن ثلث صار مملوكاً للمحتال لاحبي عوض ديه لذي على البائع، فلا يطل

ولو فسد البيع من أصله بطئت الحوالة في الصورتين، ويرجع المشتري على من شاء من المحتال والبائع.

حقه بطروه المصحح، كما يوباع الثمن البائع لشخص آخر. بخلاف ما سبق، فإن الحوالة ثم إنما كانت طريقاً لاستيفاء البائع الثمن، فلم يتعلق به حق ثالث، وهذا هو الأصح، ونقل الشيخ فيه الإجماع<sup>(١)</sup> حكاه الشارح<sup>(٢)</sup>. ولا فرق في ذلك بين أن يقبض وعنده كما هو ظاهر، لانتقال الملك بدون القبض.

ويحتمل صعيها بطلان؛ لأن استحقاق المحتال فرع استحقاق المحيل، وقد بطل استحقاق المحيل، فيبطل استحقاق المحتال، وضعفه ظاهر؛ لأن فرعه وقت الحوالة لا مطلقاً.

قوله: (ولو فسد البيع من أصله بطلت الحوالة في الصورتين).

أي: في صورة حوالة المشتري البائع على ثالث، وفي صورة حوالة البائع (ثالثاً)<sup>(٣)</sup> على المشتري.

ووجهه: أن الحوالة فرع ثبوت الثمن، ومع فساد البيع لا ثمن. وقد كان الأحسن أن يقول: ولو فسد البيع فحوالة باطلة، إذ لم يطرأ بطلانها.

وربما يتخيل أن قوله: (في الصورتين) يراد بهما كون الحوالة استيفاء، وكوفاً اعتياضاً، وليس كذلك، إذ لا يقال: لهما صورتان بل قولان، فلو أرادها لقال على القولين. وأيضاً فإن ما ذكرناه أشمل، فإن البطلان في الصورتين بعدم القولين.

قوله: (ويرجع المشتري على من شاء من المحتال والبائع).

لأن كل واحد منها متصرف في ماله بغير حق، أما المحتال فظاهر، حيث

(١) الخلاف ٧٧: ٢ مسألة ٤ كتاب الحوالة.

(٢) إيضاح الصلوات ٩٦: ٢.

(٣) لم ترد في «ق».

## فروع :

أ: لو أقال بثمن العبد عى المشتري، وصدق الجميع العبد على الحرية بطلت الحالة، ويرد المحتال ما أحده على المشتري، ويبقى حقه على البائع. وإن كذبها لحتال وأقام لعبد بينة، أو قامت بينة الحبة فكذلك.

وليس للمتبايعين إقامتها لتكذيبها بالمبايعة إلا مع إمكان الجمع كادعاء البائع عتق وكيله، وادعاء المشتري عتق الدنع مع جهله.

وضع يده على المال. وأما البائع فقلته أوفاء للمحتال عما في دمه، فقصه مسوب إليه بل أقوى، ولهذا يجمع من حسن المسع بعد احواله بالثمن. قوله: (وإن كذبها المحتال، وأقام العبد بينة، أو قامت بينة الحسية فكذلك).

أي: إن كذب المحتال البائع و مشتري في كون العبد المبيع حرًا، ولم أن تكون هناك بينة بالحرية أولاً. وفي الأول إم أن يقيمها العبد أو تقوم بنفسها حسبة لله، أي: قيمه بالواجب من دفع السكر وإقامة المعروف، فنشهد عند الحاكم من دون دعوى مدع، فان ذلك حائر محاطة على دفع المنكر. أو يقيمها المتبايعان، فان أقامها العبد أو قامت بنفسها فكذلك، أي: كان الحكم كذلك الذي سبق في بطلان اخوة، ووجوب رد ما أخذ لحتال على المشتري لأنه لا يستحقه.

قوله: (وليس للمتبايعين إقامتها، لتكذيبها بالمبايعة، إلا مع مكان الجمع، كادعاء البائع عتق وكيله و دعاء المشتري عتق الدنع مع جهله). هذا هو القسم الثالث من أقسام شق الأول، وهو أن يقيم البينة المتبايعان، وحكمه أنه ليس لها ذلك ولا يصح معها؛ لأنها قد كذباها بالتبايع،

ولو فقدت البيئة قلبها احلافه على نفي العلم، فيأخذ المال من المشتري.

إذا التبايع يقتضي كون المبيع مملوكاً للبائع، فبيع أحدهما وشراء الآخر مقتضى للاعتراف بالرقبة.

وكل من كذب بينه بقول أو فعل لا تسمع منه إقامتها اتفاقاً، وحين إقامتها منها أو من أحدهما فهي بينة وإن نفع بها العدة لأنها حينئذ لإثبات دعواه، وهذا ما لم يظهر ما يمكن قبحه اجمع بين فعلها - أعني التباعد - وبين الحرية بحيث لا يكون اعتقادها كقول ليع حقيقياً، جارياً على مملوك متافياً للحرية بحسب الواقع.

أما لو أظهرناه كما لو ادعى السائح عتيق وكيله، وعيّن علمه بوقوع العتق وقت البيع، فإن هذا صحيح لدعواه. وكما لو ادعى المشتري عتيق السائح مع جهله، ثم تجدد به العلم بعد البيع فإنه صحيح لدعواه.

وكما سوادعى سائح و لمشتري عتق وكيل البائع (والمشتري) <sup>(١)</sup> وهما  
لا يعلمان، فانه مصحح بدعواهما، وان البينة تسمع حينئذ لا بدعوى المناقصة.  
قوله: (ولو فقدت السينة قلها إحلافه على نفي العلم، فيأخذ المال  
من المشتري).

أي: وولم يكن لها بيتة، فلهما<sup>(٢)</sup> إخلاف المحتال على نبي العلم بالعق  
لواذعيا عليه العزم، فاد حيف أخذ المال من المشتري؛ لأنه الخال عليه.

لكن هل يشترط في صحة الدعوى وطلب حلفه على نبي العلم، إظهار ما به يدع انتسابي ويمكن الجمع أم لا؟ عبارة المصنف هنا محتملة وإن كانت أظهر في اشتراط ذلك، حيث أنه بناء على هذا البيضة، ووجود البيضة إنما يعتد به بالنسبة إليها بعد إظهار ما يدع انتدفي.

(۱) لم نورد في «ق ۱۱».

(۲) و فوقہ ذیل میں:

وفي رجوع المشتري على البائع اشكال، يشأ: من أن المظلوم يرجع على من ظلمه، ومن أنه قضى دينه بإذنه.

وفي التذكرة صرح: بأنه لو بكن المحتب حلف المشتري، قال: ثم إن حلف اليمين المردودة كالأقرار بطلت الحوالة، وب حلفها كاسينة والحكم كما لو لم يحلف، لأنه ليس للمشتري إقامة ابية<sup>(١)</sup>، هذه عبرته وفيها كلامان: هذا أحدهما، أعني تخفيف المحتال، ومع بكونه مشتري، وإن لم يظهر العذر الراجع للتنافي.

الثاني: أنه حكم بجلعه على كل حال، ويكون وجود اليمين كعدمها على تقدير أن المردودة كالسنة، فلا يكون لهذه اليمين دنة أصلاً على هذا التقدير.

واسعروف أن من كذب إفراة دعواه لا تسمع دعواه أصلاً، فيسفي تحقيق ذلك.

قوله: (وفي رجوع المشتري على الدنع إشكال يشأ: من أن المظلوم يرجع على من ظلمه، ومن أنه قضى دينه بدنه).

إذا حلف المحتال على نفي العدم بالعق، أحد المال المحتال به من المشتري، وهل يرجع به المشتري على النائع؟ فيه إشكال يشأ: من أن الظالم للمشتري بزعمه إما هو المحتال، حيث يقول: إن لميع حر، والمظلوم إنما يرجع على من ظلمه لا على غيره. ومن أنه قضى دينه باده، فإن خولة تمتصني الادن في القضاء، فإذا بطلت لم يرتفع عموم الإذن، وفيه نظريعم م سق.

ولأصح أن له الرجوع من حيث أنه قضى دينه باذن شرعي، فلا يكون تبرعاً، وكيف يكون كذلك وهو وحب عليه شرعاً، ورعاً احبره الحاكم عليه، وليس ذلك نابلق من إطعام المضطر والرجوع عليه.



ولو صدقها المحتال وادعى أن الحوالة بغير الثمن صدق مع اليمين؛  
لأن الأصل صحة الحوالة،

قوله: (ولو صدقها المحتال، وادعى أن الحوالة بغير الثمن صدق مع اليمين؛ لأن الأصل صحة الحوالة).

أي: لو صدق المحتال لبائع والمشتري على أن لعبد حر، وادعى أن الحوالة بغير الثمن فقد احتسب في صحة الحوالة وفسادها، والأصل في العقود الصحة، فيقدم قوله بيمينه لأن دعواه موافقة للأصل، هذا محصل كلامه.

ويسمى تنقيح المسحح بأن يقال: إذا ادعى الحوالة بغير الثمن، فاما أن يدعيها بدين آخر في ذمة المحال عليه، أو مع حقو النعمة. فان ادعاها بدين آخر، وما أن يكون المحال عليه منع إنكاره سحوة به مسكراً لأصل الدين، أو مقراً به. فان أقر بالدين فتقديم قول مدعي الصحة منجبه، إذ ليس في طرف المدعى عليه أصل ولا ظاهر.

فإن قيل: الأصل براءة ذمته من ثبوت دين المحتال.

قلنا: قد اعترف بالسبب المقتضي لذلك وهو الحوالة، فان الأصل فيه الصحة، فقل عن الأصل الأول، وبقي الاختلاف في الفساد موجباً لليمين على من أنكر. كما لو احتسب في صحة بيع وفساده، فان القول قول مدعي الصحة بيمينه، وإن كان الأصل بقاء سبب على ما نكح لنحو ما قلناه.

ومثله ما لو ادعى المحتال وقوعها مع نحو النعمة سواء، وأما إذا ادعاها بدين آخر وإنكره المحال عليه، فقد تعارض أصل الصحة وأصل البراءة، كما قيل.

ويمكن أن يقال: يمنع تعرض الأصلين، إذ لا يلزم من كون الحوالة (بغير دين في الذمة فسادها، بل هو أعم من الفساد، لما عرفت من أن صحة الحوالة)<sup>(١)</sup>

فإن أقاما بينة أن الحوالة بالثمن قلت؛ لأنها لم يكذبها.

ب: لو جرى لفظ الحوالة واختلف بعد القبض، فادعاهما المحتال، وادعى المحيل قصد الوكالة فالأقرب تقديم قول المحيل؛ لأنه أعرف بلفظه وقصده، واعتصاده بالأصل من بقاء حق المحيل على المحال عليه، وحق المحتال على المحيل، ويحتمل تصديق المستحق لشهادة لفظ له.

لا نستلزم ثبوت الذمة، فيبقى أصل الرأية غير مبرهن، فيقدم قول المحال عليه بيمينته، وهذا متجه وخياره في التذكرة<sup>(١)</sup>.

قوله: (فإن أقاما بينة أن الحوالة بالثمن قلت؛ لأنها لم يكذبها).

أي: على تقدير تصديق المحتال للمشتري وبشترى على حربة لعدم البيع، واحتسابهم في أن الحوالة بالثمن، وكذلك المحتال على أنها بغيره، لو أقام سلع أو المشتري أو كلاهما سنة تكون الحوالة بما هي بالثمن الذي يصممه البيع، وبها نقل كما تسمع دعواهما بذلك، لأنها لم يكذبها.

فإن كون المبيع حرأ، لا يقتضي عدم وقوع الحوالة مما سمي ثمناً في مقوله، غاية ما هناك إنها يسعيان فساد الحوالة فثبت بالية.

قوله: (لو جرى لفظ الحوالة واحتلما بعد القبض، فادعاهما المحتال، وادعى المحيل قصد الوكالة فالأقرب تقديم قول المحيل؛ لأنه أعرف بلفظه وقصده، واعتصاده بالأصل من بقاء حق محيل على المحال عليه، وحق المحتال على المحيل، ويحتمل تصديق المستحق لشهادة للفظ له).

أي: لو جرى بين اثنين لفظ حوالة مع العقد، واختلف بعد قبض ما جرى العقد عليه، فادعى المحتال أن اسي صدر بينهما من لفظ الحوالة أريد به الحوالة، وهو مدلوله الحقيقي، وادعى المحيل قصد الوكالة بلفظ حوالة محازأ، والأقرب عند المصنف تقديم قول المحيل، في أنه إنما قصد الوكالة لأنه أعرف بلفظه،

باعتبار استعماله في معناه الحقيقي وغيره.

وكذا هو أعرف بما قصد، إذ لا يعلم قصده إلا من قبله، فيكون قوله بيمينه مقدماً، ولا اعتصم بقوله بالأصل من نفاء حتى المحيل على المحال عليه، وحق المحتال على المحيل، وفيها نظر.

أما الأول: فلأن لفظ الواقع مجرداً عن القرائن، يجب حمله على حقيقته، لأن الواجب على المتكلم نصب لقريضة إذا أراد المجاز فالتحرد عنها دليل إرادة الحقيقة، حذراً من كون كلامه مشتملاً على الإغراء بجهل المقصود، والأصل خلافه.

فإذا كان الواجب حمله على ذلك، كان دعواه بعد ذلك محالة للأصل، على أن هذا يوقدح هنا، ليقدر في جميع الأبواب من بيع وصلح وإقرار وسكاح وغيرها.

وأما الثاني: فلأن الأصل الذي ادعاه رال بالحالة الصادرة بينهما، لتي الأصل فيها الحقيقة والصحة، فلا يعتد به. ولو قدح بها لقدح في البيع وغيره، إذا وقع الاختلاف بعد صدوره كاملاً.

ويحتمل تصديق لمستحق، وهو المحتال؛ لأن اللفظ الصادر بينهما شاهد له، إذ الأصل فيه الحقيقة، وهذا هو لأصح، وما قربه المصنف ضعيف. ولو اختلفا في وجود الحرية فالقول قول من يمينه؛ لأن لأصل العدم.

واعلم أن اختلافهما قبل انقضاء وعده لا يجد فيه فرقا؛ لأن عقد الحولة من العقود اللازمة، فإذا صح وحسن على الحقيقة تعين فيه الأداء إلى المحتال؛ لأنه صار ملكه، وكأن المصنف لحظ كون الحولة استيعاء.

والاستيعاء إما يشتر لمالك بالقبض، فقله لا يتحقق الملك، فيكون الاختلاف قبل قبض في استحقاق ما هو مملوك للمحيل حين الاختلاف، وليس كذلك؛ لأن نفس الحولة استيعاء ومشعرة للمالك وإن لم يحصل قبض، حتى لو أراد المحيل بعد كمال الحولة دفع البدل توقف على رضی للمحتال. وليس هو

ولولم يقبض قدم قول المحيل قطعاً، ولو انعكس القرض قدم قول

المحتال،

كالايماء بعير الحوالة، فان الملك فيه متوقف على القبض، ومن ثم يجوز الاندال قبله.

فعلى هذا يكون قوله: (ولولم يقض قدم قول المحيل قطعاً) في غاية البعد،

وما قطع به غير ظاهر.

قوله: (ولو انعكس المرض قدم قول المحتال).

أي: بوقال المدينون - بعد انعاقها على جريان لفظ الحوالة -: أحنتك،

فقال: بل وكلتني قدم قول مدعي الوكالة وهو المحتال بكميه، عملاً بأصله بقاء

الحق، واندون يدعي خلافها وانتقالها فكان عليه اليقين

وتظهر فائدة هذا الاختلاف عند إفلاس المحتال عليه، وبوجه. وفي توجيهه

نظر، لأن الأصل في السقط لحقيقة، والخمس من المحارز خلاف الأصل، والمحيل

أعرف بلفظه وقصده.

و لأصل الذي ادعاه بالسنة في الحقين رل ناسب لواقع بينهما، ومن

هذا علم أن ما حذره هنا أيضا في عية البعد، مع محذره لما سبق من محي

الوجهين في المسألة الأولى، فلا أقل من محيها هن وإن كان عبده أحدهما أرحح.

وفي التذكرة جعل هذا الحكم بما إذا لم يتفقا على لفظ مخصوص<sup>(١)</sup>، أما

إذا اتفقا على الحوالة واحتلما هذا الاختلاف، فالوجهان في المسألة الأولى على

العكس هنا.

وهذا كله إذا لم يأت باللفظ على وجه لا يشمل الجان هن اتى به

كذلك، كما بوقال: أحنتك بالمائة التي لك عي على امانة التي لي عي زيد، ثم

اختصا الاختلاف لسابق، فان القول قول مدعي الحوالة لامتناع ارادة المجن

وقطع به في لتذكرة<sup>(٢)</sup>.

(١) لتذكرة ١١١، ٢.

(٢) لعبد السب.

ولولم يتفقا على جريان النقص بل قال المستحق: أحلتني، وقال المديون: وكلتك في استيفاء ديني صدق المديون، فإن لم يكن قض فليس له ذلك لانعزاله بانكاره الوكالة، وله مطالبة المديون بالمال لثلا يضيع حقه، ويحتمل العدم لاعترافه ببراءته بدعوى الحوالة.

قوله: (ولولم يتفقا على جريان اللفظ، بل قال مستحق: أحلتني، وقال المديون: وكلتك في استيفاء ديني صدق المديون).

أي: لو لم يتفق الشخصان - اللذان جرى بينهما العقد - على جريان اللفظ، أي: على جريان ما سبق ذكره من لفظ الحوالة - فاللام للعهد المذكري - بل قال المستحق للمديون: أحسني مالك على فلان، وقال المديون: وكلتك في استيفاء ديني، فإن المديون معترف بمقتضى الأمر الأصلي بعدم الحوالة.

وتظهر فائدة هذا عند كون ثمن دقياً وأراد الإبدال، أو أراد التأخير لدفع إلى سد الدين إذا كان في غيره ولم بشرط الأداء في غيره. وفي ذلك دفع صرره، (ولم يرص المدين بما يدفع به ضرره) (١)، سواء كان بالعمى أم لا. قوله: (فإن لم يكن قص فليس له ذلك؛ لانعزاله بانكار الوكالة، وله مطالبة المديون بالمال لثلا يضيع حقه، ويحتمل العدم لاعترافه ببراءته بدعوى الحوالة).

إذا حلف المديون على نفي الحوالة نعت طاهراً، فإن لم يكن المستحق قد قبض الدين لدي وقع الاختلاف في الحوالة به والوكالة لم يكن له قبضه طاهراً؛ لأن الوكالة تندفع بانكاره إياها، فيسعمل على تقدير كونه وكبلاً والحوالة منتصية. لكن له مطالبة المديون بما له لثلا يضيع حقه، ولأنه إن كانت الحوالة هي الواقع، فقد دفعه عن المال أصلاً به، وصيره له طاهراً بيمينه، فظلمه بذلك. وإن كان الواقع الوكالة، فظاهر لبقاء حقه عليه.

أما لو قال المستحق: وكنتني، فقد: لا بل أحلتك صدق منك  
الحوالة باليمين، وليس للمستحق لفض؛ لأن نكار الوكالة يتضمن  
العزل، وإن كان قبض فالأقرب أنه يتمك؛ لأنه حسن حقه وصاحبه  
يزعم أنه ملكه،

ويحتمل عدم استحقاق المطالبة؛ لأن الحوالة تتضمن براءة ذمة المحيل،  
فدعواه إياها معترف براءة ذمة المحيل فكيف يطالبه؟ وبما يباء أولاً يعلم أنه لم  
يرأ مطلقاً؛ لأنه ظالم له تملك ما يستحقه بزعمه هذا الحكم في الظاهر، وفيما بينه  
وبين الله يعتمد ما يعلم إنه الحق.

قوله: (أما لو قال المستحق: وكنتني، فقال) بل أحلتك، صدق  
منكر الحوالة باليمين، وليس للمستحق لفض؛ لأن إكثار الوكالة يتضمن  
العزل).

أي: لو قال المستحق للذين: وكنتني، فقد المديون: لا بل أحلتك عكس  
الأول، صدق منكر الحوالة لمثل ما سبق، فإن الأصل عدم، والأصل بقاء الحق  
كما كانت.

وفي العبارة مناقشة؛ لأن سوتها يشعر بمخالفة حكم هذا لما قبله، مع  
اتفاقها في تصديق منكر الحوالة.

ولو قال: فإن المصدق المديون يكون لاختلاف بينهما وبين ما سبق في  
تصديق المديون وعدمه، وحينئذ فليس للمستحق القبض ظاهراً؛ لاندفاع حوالة  
بانكاره ويمينه، فالوكالة بانكار المديون، لأن الإنكار يتضمن العزل لو كان وكلاً.  
قوله: (وإن كان قبض فالأقرب أنه يتمك، لأنه حسن حقه  
وصاحبه يزعم أنه ملكه).

فلا أقل من أن يكون ذلك إدماً في ثبوتك، ويحتمل العدم لانتفاء  
المقتضي، وهذا الحكم ظاهراً وباطناً على تقدير صدقه في دعوى الوكالة، فأمّا على  
تقدير كون الواقع حوالة فظاهر أنه ملكه.

وان تلف احتمل عدم لضمان؛ لأن لوكيل أمين، وثبوته؛ لأن الأصل ضمان مال الغير في يد آخر.

ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في إثبات الوكالة  
ليسقط عنه الضمان.

وعلم أن شيخنا الشهيد في بعض حاشيه جواز لقوله: (يتمكك) معنيين:  
أحدهما: إرادة الملك القهري؛ لأن المديون يزعم ذلك وهو من جنس  
الحق، فهو في قوة التعيين لجهة مخصوصة من جهات القضاء، فلا يحتاج إلى أمر  
آخر.

الثاني: إرادة حوالة يملك، فيعقب حصول الملك على أحد أمرين: إم  
تصريح المديون بالتصريح، كأن يقول: أخذت من يدك، أو بمأطته يدفع عبره فأحده  
فصاحماً.

وعندي أن الثاني بعيد، إذ المتبادر من كلام المصنف تمككه من غير  
توقف على شيء آخر، وبما أن يجعل رعه لمديون عمره التعيين، إن لم يكن أقوى  
فيملكه بالقصر على طريق القهر، أو يجعل دعاء الحوالة المتضمنة لرعة دمه  
بحيث لا يستحق عليه المطالبة بعد بمأطته، حيث أنه أقوى من المأطلة، إذ مكر  
الدين بمأطل وريادة، فيسوغ له لأحد مقاصة. وعلى كل حال، لا قرينة المصنف  
هو المختار، وكل من الأمرين الأخيرين محتمل.

قوله: (وإن تلف احتمل عدم الضمان لأن الوكيل أمين، وثبوته  
لأن الأصل ضمان مال الغير في يد آخر. ولا يلزم من تصديقه في نفي  
الحوالة تصديقه في إثبات الوكالة، ليسقط عنه الضمان).

أي: وإن تلف المال المقبوض في يد المستحق، ففي ضمانه وجهان.  
ولا يحى أن في توجيه الاحتمال لأول ضعفاً؛ لأن صغرى القياس المضمة يجب  
أن تكون هكذا: القابض وكبس، ومقبوض ردها، إذ الوكالة لم تثبت فيكون  
الاحتمال الثاني أقوى.

ج: لو شرط في الحوالة القبض بعد شهر مثلاً فالأقرب الصحة وإن كان حالاً.

د: لو أحوال البريء على مشغول لئمة فهي وكالة يثبت فيها أحكامها، وجازت بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المقصود وهو استحقاق المطالبة.

وهذه المسألة مما تخرج على قاعدة معروفة بين لعقهاء وهي: أن اليمين لئني شيء لا يكون لإثبات شيء آخر.

(إن قيل، لا حاجة إلى تحريمها على هذه قاعدة، قلنا: بل نحتاج، إذ يمكن أن يقال: إن الحال دائر باعترافها بين الحوالة والوكالة، فإذا بطل أحدهما باليمين تعمير الآخر؛ لأن اليمين حجة شرعية<sup>(١)</sup>).

ومن صورها: ما لو أقر الوكيل بالبيع وقبض الثمن، وأسکر لموكل القبض حلف الوكيل لاستئمنه. فلو حرج لمسح مستحقاً، ورجع لمشتري على الوكيل بائناً لعدم ثبوت الوكالة لم يرجع أسوكل على الموكل؛ لأن يمين كانت لدفع الغرم لا لإثبات المال على الموكل، فالقول: لأن قول لموكل بيمينه.

قوله: (ولو شرط في الحوالة القبض بعد شهر مثلاً فالأقرب الصحة وإن كان حالاً).

أي: وإن كان لحق المشروط قبضه وب لم يكن مذكوراً لدلالة القبض عليه. ووجه القرب أنه شرط لا ينافي مقتضى الحق، فيكون اشتراطه سائماً. ويحتمل العدم؛ لأن الحوالة على حق حال. وصعده طاهر؛ لأن حصوله لا ينافي إشتراط الأجل، والأصح الصحة.

وتوجيه الشارح الصحة بكون الشرط سائماً في معنى المصادرة<sup>(٢)</sup>.

قوله: (وجازت بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المقصود، وهو

(١) ما بين العوسين لم يرد في «م».

(٢) إيضاح العوائد ١٧: ٢.



ولو انعكس الفرض، فإن شرطنا الشغل فهو اقتراض، فإن قبض المحتال رجح على المحيل، وإن أبرأه لم يصح؛ لأنه إبراء لمن لا دين عليه، وإن قبض منه ثم وهبه إياه رجح المحل عليه على المحيل؛ لأنه غرم عنه. ولو أحال من لا دين عليه على من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض.

### الفصل الثالث: في الكفالة: وهي عقد شرع للتعهد بالنفس،

استحقاق المطالبة).

أي: في المقصود من الوكالة، إذ المقصود من الحوالة لا يشتركان فيه، فيكون حينئذ العقد بالخيار ولا يجمع ذلك خصوصاً في العقد الحائز، لأنه يسامح فيه مالا يسامح في اللازم.

قوله: (ولو انعكس الفرض، فإن شرطنا الشغل فهو اقتراض).  
إنعكاس العرص أن يحيل بلفظ الوكالة، فإن شرطنا شغل ذمة المحال عليه في الحوالة، ولم يكن المحل عليه مشغول الذمة، كان ذلك اقتراضاً بلفظ الحوالة مجازاً، فتجري عليه أحكامه. وبما قلنا: إنه اقتراض، لأنه ليس معنى من المعاني أقرب إلى الوكالة والحوالة منه.

قوله: (فإن قبض المحتال رجح على المحيل، وإن أبرأه لم يصح؛ لأنه إبراء لمن لا دين عليه).

أي: فإن قبض المحتال من المحال عليه، رجح المحال عليه وهو المقرض - المحيل وهو المقرض، وإن أبرأه المحتال وقع لغواً؛ لأنه لا دين له عليه، إذ المطلوب منه الاقتراض.

قوله: (وهي عقد شرع لتعهد بالنفس).

سيأتي أنه يصح التكفل بالأعيان المصنونة، فلا يتناولها هذا التعريف.

ويعتبر فيها رضى الكفيل والمكفول له دون المكفول، وتعين المكفول، فلو قال: كفت أحدهما أو زيدا فإن لم آت به فعمرو أو يزيد أو عمرو بطلت.

قوله: (ويعتبر فيها رضى الكفيل، والمكفول له، دون المكفول).

لأن إثبات حق على شخص لأعلى وجه يثبت كونه قهراً يتوقف على رضاه، وكذا المكفول له لأن إثبات حق له على شخص من دون رضاه باطل، دون المكفول عند علمائنا، قاله في التذكرة<sup>(١)</sup> وحكى في التحرير<sup>(٢)</sup> عن شيخ في المبسوط<sup>(٣)</sup> اعتبار رضاه.

وكذا عن ابن ادریس قال: لو فيه قوة<sup>(٤)</sup> وهو مذهب الشافعي<sup>(٥)</sup>، ووجهه إمكان إحصاره، فإنه متى لم يهرس لم يدره الحضور معه. ويرد عليه أنه إن طلبه منه المكفول له وجب عليه الحضور، لا أقل من أن يعد توكيلاً. وإن لم يطلبه، فيمكن أن يقال بذلك؛ لأن تكميل يقتضي التسلط على الإحصار. وسيأتي في كلام المصنف: أنه لا يجب عليه الحضور مع الترع، وعدم طلب المكفول له. ويشترط أيضاً لإيجاب ككملت لك مد فلان، ومحوه. والقبول عن الفور، وكونها بالعربية من كاملين.

قوله: (وتعين المكفول، فلو قال: كفت أحدهما، أو زيدا فإن لم آت به فعمرو أو يزيد أو عمرو بطلت).

يشترط أيضاً تعيين المكفول على وجه يرتفع الإبهام، فلو قال: كفت لك أحد هذين لم يصح؛ لأنه لا يعلم المكفول بعينه.

(١) تذكرة مفهية ٢: ١٠٠.

(٢) تحرير الأحكام ١: ٢٢٤.

(٣) المبسوط ٢: ٣٣٧.

(٤) السرائر: ١٧٣.

(٥) المغني لابن قدامة ٥: ٩٦.

وتنحية الكفالة، فوق: إن جئت فأنا كفيل به لم يصح على اشكال، ولو قال: أنا أحصره أو تؤديه عليه لم تكن كفالة.

وتصح حالة ومؤجدة على كل من يجب عليه الحضور مجلس

الحكم

وكذا لو قال: كفت لك ريداً ولم آت به فأنا كفيل بعمرو، بد مع عدم الترام إحصر أحدهم بعينه تعلق الكفالة في عمرو بشرط، والكفالة لاتعلق كما سأتى، وكذا لا يصح لو قال: كفت لك ريداً أو عمرو مثل ما سبق.

قوله: (وتنحية الكفالة، فلو قال: إن جئت فأنا كفيل به لم يصح على اشكال).

بشأن: من رواية أبي العباس، عن الصادق عليه السلام من قال في الكفالة: إن جئت وإلا فلي حسمته درهم فقال: «لزمته الدرهم»<sup>(١)</sup>. ومن أن الأسباب الشرعية إما هي موضع الشارع، ولاشت الوضوح مثل هذه لرواية، خصوصاً ما علم عدم حوار مثله.

ولأن اسعلق يقتضي عدم الحرم بالكفالة، ولأن أثر اسسب يجب أن يترتب على وقوعه، وإلا لم يكن صحيحاً كما هو مقرر في الأصول، ومع التعلق بمسح ذلك، ولأن المعلق عليه يمنع كونه جزء اسسب، وإلا لوحت كونه معه، فإن تراخي القبول ممنوع فكيف باقي الأجزاء؟

وإذا امتنع ذلك امتنع عتباره في العقد، (فيجب تأثيره بدون المعلق عليه، والتعيق ينافيه لكونه مقصوداً، فلم يبق إلا بطلان العقد)<sup>(٢)</sup> وهو الأصح. قوله: (وتصح حالة ومؤجلة على كل من يجب عليه الحضور مجلس الحكم).

لأن حضور حق شرعي، ولا مانع من اشتراط الأجل أو دخول، واشتراط

(١). لكافي ١٠٤٠٥ حديث ٣، التهذيب ٦: ٢١٠ حديث ١٩٣

(٢) ما بين القوسين لم يرد في «٥»

من زوجة يدعي الغريم زوجيتها، أو كفيل يدعي عليه الكفالة، أو صبي أو مجنون، إذ قد يجب إحضارهما للشهادة عليهما بالاتلاف، وبدن المحبوس لإمكان تسليمه بأمر من حبسه، ثم يعيده إلى الحبس، أو عبد أبق، أو من عليه حق لآدمي من مال أو عقوبة قصاص.

الشيخ لصحتها تأجيلها فيها<sup>(١)</sup>.

قوله: (من زوجة يدعي الغريم زوجيتها).

وحينئذ يجب الكفالة السمي في إضرارها، وللشافعية قول بالمع<sup>(٢)</sup>، بناء على أن الكفيل يفرم ما على المكفول لو لم يرد لتعذرهم هنا.  
قوله: (أو صبي أو مجنون، إذ قد يجب إضرارهما للشهادة عليهما بالاتلاف).

فانه ربما لم يكن شاهداً، بحث يمكنها تمييزها في الشهادة بدون الإحضار.

قوله: (وبدن المحبوس لإمكان تسليمه بأمر من حبسه، ثم يعيده إلى الحبس).

أي: تخور الكفالة به؛ لأن تسليمه ممكن بأمر من حبسه، ثم يعيده إلى الحبس إن أرد. ومثله لكفالة العائت، ومع من كمالها أبو حنيفة لتعذر تسليم في الحان<sup>(٣)</sup>، ولا فرق في ذلك بين كون الحبس ظلماً أو بحق.  
قوله: (أو عبد أبق).

أي: حين إبقه، ويلزمه حينئذ السعي في رده، وفي حاشية لشهيد كمالته من مولاه إذا كان معتاداً للابق، وهو معنى صحيح أيضاً.

(١) لم يه ٣١٥.

(٢) المعني لأبى قدامة ٥ ٩٦.

(٣) المعني لأبى قدامة ٥ ٩٦.

ولا يشترط العلم بقدر المال، فإن الكفالة بالبدن لا به، ولا تصح على حد الله تعالى.

والأقرب صحة كفالة المكتب، ومن في يده مال مضمون كالغصب، والمستام، وضمن عين المصنوب، والمستام ليردها على

قوله: (ولا يشترط العلم بقدر المال، فإن الكفالة بالبدن لانه).

ولو قل: يلزم العزم بولم يحضر المكفول به، فوجوبه بذلك لا بالكفالة.

قوله: (ولا تصح على حد الله تعالى).

لأنه مني على التحريم، ولأنه لا تأخير في حد، وبفضاء أمير المؤمنين عليه السلام: لا كفالة في حد.

قوله: (والأقرب صحة كفالة المكاتب).

وجه اقرب: أنه إما عند أو مدبر، وكلاهما موجب للاحتصار، ولأنه يصح ضمانه فكفالاته أولى، ومع الشيخ<sup>(١)</sup> وإن السراح به على أن له تعجير نفسه، والأقرب أقرب.

قوله: (ومن في يده مال مضمون كالغصب والمستام).

إن قلنا بصحة ضمانه فلا بحث في صحة الكفالة، وإن قلنا: لا يصح الضمان فالأقرب صحة الكفالة؛ لأن عليه حقاً فيكون هذا في حيز الأقرب. ويحتمل صيغة العدم؛ لأن ما عليه ليس هو الأعيان، لتؤخذ منه عند عدم الاحتصار لو قلنا: يعزم.

قوله: (وضمن عين المصنوب والمستام ليردها على مالكها).

أي: الأقرب صحة ضمان عين المصنوب والمستام، وغيرها من الأعيان المضمومة ليردها على مالكها، ووجه القرب: أن ردها واجب، فيصح ضمانها لذلك<sup>(٢)</sup>.

(١) البسوط ٢: ٣٤٠.

(٢) في «ق»: كذلك.

مالكها، فإن رد برئ من الضمان، وإن تمت في الزامه بالقيمة وجهان، الأقرب لعدم، كموت المكفول دون الوديعة والأمانة.

وتصح كفالة من ادعى عليه وإن لم تفع اليه عليه بالدين وإن جحد لاستحقاق الحضور عليه والكفالة ببدل الميت، إذ قد يستحق إحضاره لأداء شهادة على صورته، ولإصلاق يفتضي التعجيل، فإن شرطاً أجلاً وجب صطه، والتسليم الكس في بلد العقد، ولو عتق غيره لزم. ويسمكفون له مطالبة الكفيل بمكفول في الحال مع التعجيل والإطلاق، وعند الأجل في المؤجدة.

وينسكل بانه إن كان صعباً، فشرطه كون المصموم به حقاً ثابتاً في ائمة. وإن كان كفالة، فشرطها أن تشهد بنفسه وكلاهما متلف. قوله: (فإن رد برئ من ضمان، وإن تمت في إلزامه بالقيمة وجهان: لأقرب عدم كموت المكفول).

وجه الإلزام: أن معنى ضمان رده مع الفاء، والقيمة مع اتلف. ووجه لعدم: أن الواجب لرد؛ لأن الضمان إما كان له فاد تعذر بالتلف م يجب شيء آخر، كما لو مات المكفول. ونوقلت دلالة كفالة التجه الثاني، لكن القول به بعيد.

قوله: (والكفالة ببدل الميت، إذ قد يستحق إحضاره لأداء الشهادة على صورته).

حيث يكون الشاهد قد تحمل لشهادة على الصورة، ولم يعرف السب. قوله: (والتسليم الكامل في بلد العقد...).

أي: وتسليم الكامل إما يكون في بلد العقد، ويمكن أن يكون معطوفاً على الفعل، أعني صطه، أي: وجب التسليم الكس في بلد العقد إلى آخره. وسيأتي ما يعلم منه التسليم الكامل إن شاء الله تعالى، فتي أطلق مكان التسليم

ويخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه تاماً في المكان الذي شرطه، أو في بلدة الكفالة لو طُلق، إرادته المستحق أو كرهه، وموت المكفول في غير الشهادة على عينه أو فيها بعد الدفن إن حرّمنا النيش لأخذ المال،

انصرف إلى سد العقد، ولو شرطه كذا أكد، ولو عيى غيره لزم وفاء بالشرط.  
قوله: (ويخرج لكفيل عن العهدة بتسليمه تاماً في المكان الذي شرطه، أو في بلدة الكفالة لو أصق، إرادته لمستحق أو كرهه).

يخرج التسليم عن كونه تاماً، بأن يكون في يد طالم، أو دونه من يحميه، ويحول دونه، وبحو ذلك. فإذا سلمه كذلك فلم يتسلمه، قال في التذكرة: الأقوى أنه يكفي الأشهاد عن الامتناع وأثم سهمه إليه فلم يتسلمه<sup>(١)</sup>.

ولا يجب دفعه إلى الحاكم؛ لأن مع وجود صاحب الحق لا يلزم دفعه إلى من يوب عنه من حاكم أو غيره، وهو متجسس.

قوله: (وموت المكفول في غير الشهادة على عينه، أو فيها بعد الدفن إن حرّمنا النيش لأخذ المال).

أي: ويخرج الكفيل عن عهدة بذلك؛ لأنه لم يتعهد بالمال بل بالنفس وقد فانت بالموت؛ ولأن متبادر من الكفالة إنما هو الإحضار في حال الحياة، وهو المتعارف بين الناس فيحمل الإطلاق عليه.

وهذا في غير الشهادة على عينه وصورته، لدلالة ذلك على عدم الاحتصاص بحال الحياة. هذا إذا لم يدفن، فإن دفن وحرّمنا ليش لأخذ المال لم يش هنا أيضاً، فيخرج عن العهدة بدفنه.

ويشكل: بأن يش الميت للشهادة على عينه من الأمور المستثناة بالامتثال، غير متفرعة على جور ليش لأخذ المال، فلا يلزم من تحريم النيش، ثم تحريمه هنا. وقد سبق في أحكام الجائز جواز النيش لكل منها، فلا يبرأ بدونه.  
نعم: لو علم تعير صورة الميت بحيث لا يعرف، برئ الكفيل حينئذ.

وبتسليمه نفسه، وبإبراء المستحق لأحدهما. ولا يبرأ بالتسليم ودونه يد غالبية مانعة، ولا بتسليمه قبل الأجل، أو في غير المكان المشروط وإن انتفى فيها الضرر على رأي،

قوله: (وبتسليمه نفسه).

أي: ويبرأ بتسليم المكفول به نفسه تسليمًا تاماً إلى المكفول له؛ (لأن القصد رده إلى المكفول له، فلا فرق بين حصوله في يده بالكفيل ونفسيه فائياً به) <sup>(١)</sup>. لكن لا بد أن يسلم نفسه عن جهة الكفيل، فلا يبرأ بدونه، لأنه لم يسلمه إليه ولا إلى أحد من جهته.

ولو سلمه أجبي برئ الكفيل أيضاً، إذا كان عن جهة الكفيل، ويجب على المكفول له التسلم لو كان التسليم بأذن الكفيل، لأنه وكيله حينئذ. وإلا لم يجب، لعدم وجوب قبض الحق من غير من عيه، لكن لو قبل برئ الكفيل، وهل يجب عيه القبول لو سلم المكفول <sup>(٢)</sup> نفسه، أو يكون كالأجنبي؟ ظاهر إطلاقهم نعم، ولعله لوجوب التسليم على كل منهما، فاشترك في ذلك. فحق أداه أحدهما برئ الآخر، ولا يضر كون الوجوب على المكفول في لكفالة تبعاً للوجوب على الكفيل.

قوله: (وبإبراء المستحق لأحدهما).

أما للكفيل فظاهر، وأما للمكفول فليست الحق مقتضي لبطلان الكفالة.

قوله: (ولا بتسليمه قبل الأجل، أو في غير المكان المشروط وإن انتفى الضرر فيها على رأي).

لأنه غير التسليم الواجب، إذ لم يجب بعد، فلا يعتد به ولا يجب قبوله.

(١) ما بين القوسين لم يرد في «م».

(٢) في النسخ الخطية والخمسة: الكفيل، والصحيح ما أثبتناه.



ولا بتسليمه في حبس لطالم بخلاف حبس الحاكم.  
ويلزم الكفيل اتساعه في عيبته إن عرف مكانه، وينظر في  
احضاره بمقدار ما يمكنه لذهاب اليه والعود به، ولو كانت مؤجلة آخر  
بعد الحلول بقدر ذلك.  
ولو امتنع الكفيل من احضاره حبس حتى يحضره، أو يؤدي ما  
عليه.

وقال الشيخ<sup>(١)</sup> وابن البراج: يبرأ مع انتفاء الضرر فيها، والأصح الاون.  
قوله: (ولا بتسليمه في حبس الطالم، بخلاف حبس الحاكم).  
لأن ذلك الحبس ينفع من استيفاء حقه، ولأن التسليم لا يعد تاماً حيث  
فلا يجب قبوله. بخلاف حبس الحاكم، فإنه لما كان بحق لم ينفع من استيفاء  
حقه، إذ يمكن احضاره ومطالبتة بالحقين ثم حبه بها.  
قوله: (ولو كانت مؤجلة آخر بعد الحلول بقدر ذلك).  
لأن الوجوب إما يتحقق بعد الحلول، فعينته يعتبر ما لا بد منه في التسليم.  
قوله: (ولو امتنع الكفيل من احضاره، حبس حتى يحضره، أو  
يؤدي ما عليه).

هذا إذا كان ما عليه يمكن أخذه من الكفيل، ولو لم يكن - كالتقصاص  
وكزوجة المرأة والدعوى بعقوبة كتعزير - أمكن أن يقال بالحس إلى الإحصار  
فيما لا بد له. أما ما له بدل - كالدية في القتل - فسيأتي أنها تؤخذ منها إذا حلي القاتل  
من يد غيره.

ويمكن أن يقال: بعد ثبوت الزوجة يؤخذ منه مهر مثل الروجة.  
واعلم أن ظاهر العبارة أنه إذا أدى ما عليه وحب على المكفول له القبول،  
ويبرأ الكفيل بذلك. وفي التذكرة<sup>(٢)</sup> استنده إلى طاهر كلام الشيخ<sup>(٣)</sup>، واختار

(١) لمبسط ٣٣٨٠٢

(٢) التذكرة ١٠٢٠٢

(٣) الهبة ٣١٥٠

ولو قال: إن لم احضره كان عليّ كذا لزمه الاحضار خاصة.  
ولو قال: عليّ كذا الى كذا إن لم احضره وجب عليه ما شرط

من المال.

هو ان طلب المكفول له الاحضار لا غير ابرمه به، نظراً الى أن ذلك مقتضى الكفالة، ولأنه قد يكون له غرض لا يتعلق بالأداء، وقد يرغب المكفول له في القبض من عين الغريم، وما اختاره هو المعتمد.

قوله: (ولو قال: إن لم احضره كان عليّ كذا لزمه الاحضار خاصة، ولو قال: عليّ كذا الى كذا إن لم احضره وجب عليه ما شرط من المال).

هذا مروي من طرق الأصحاب<sup>(١)</sup>، وقد اُطبقوا على العمل به، ولا يكاد يظهر الفرق بين الصيغتين باعتبار اللفظ. ومثل هذا مما يصار اليه من غير نظر الى حال اللفظ مصيراً الى النص والاجماع.

ولم يصنف في مختلف قال: عندي في هذه المسألة نظره، ثم حكى عن ابن الجنيّد فيما اذا بدأ بالضمان للمال، ثم عتقه الكفالة أنه يصح ضماناً وكفالة، واذا بدأ بالكفالة ثم علق الضمان ان الكفالة تصح ويطلق الضمان، وقال: ان كلامه انصب<sup>(٢)</sup>.

ويرد على الأول أنه اذا صح الضمان برئ المضمون عنه، فأبي معنى للكفالة حينئذ؟

ويمكن أن يقال: إن السري في لزوم المال اذا قدمه براءة ذمة المضمون عنه فتمتنع الكفالة، واذا قدم الكفالة كان ضمان المتعقب لها - لكونه معلقاً على شرط - باطلاً، ولتأفأة الضمان صحة الكفالة، وكيف كان فالمدّعى ما عليه الأصحاب.

(١) الكافي ١٠٤٠:٥ حديث ٣، المقية ٥٤:٣ حديث ١٨٧، التهذيب ٢٠٩:٦، ٢١٠ حديث ٤٨٨،

ولو مات المكفون به ولأقرب انتقال الحق الى ورثته.  
ولو أطلق غريباً من يد صاحب الحق قهراً ضمن احضاره، أو  
أداء ما عليه.

ولو كان قاتلاً لزمه احضاره أو الدية، فإن دفعها ثم حضر العريم  
تسلط الوارث على قتله، فيدفع ما أخذه وحبواً وإن لم يقتل، ولا يتسلط  
الكفيل لو رضي هو والوارث بالمدفوع على المكفول بدية ولا قصاص.

قوله: (ولو مات المكفون له فالأقرب انتقال الحق الى ورثته).

أي: حق الكفالة، ووجه القرب أها حق للميت فيورث؛ لعموم آية  
الإرث، ولأنه في معنى الحق المالي. ويحتمل العدم؛ لضعفها، ولاقتضائها  
الاحضار اليه وتعذرهم وليس بشيء إذ لا يسقط الحق بتعذر إيصاله الى مستحقه  
الأول.

قوله: (ولو أطلق غريباً من يد صاحب الحق قهراً ضمن  
احضاره، أو أداء ما عليه).

لأنه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه اعادتها، أو  
أداء الحق الذي بسببه تثبت اليد عليه.

قوله: (ولو كان قاتلاً لزمه احضاره أو الدية).

وإن كان القتل عمداً، ولا يوجب عليه غير القصاص إذ لا يجب إلا على  
المباشر، فلما تعذر استيعاؤه وجبت بدية كما لو هرب القاتل عمداً أو مات.

قوله: (فإن دفعها ثم حضر العريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ما  
أخذه وجوباً وإن لم يقتله).

لأن الدية إما أخذه لمكان الحيولة وقد زالت، وعدم لقتل الآن مشد  
الى اختياره.

قوله: (ولا يتسلط الكفيل لو رضي هو والوارث بالمدفوع على  
المكفول بدية ولا قصاص).

## فروع:

أ: لو قال الكفيل: لاحق لك عني المكفول قُدم قول المكفول له؛ لاستدعاء الكفالة ثبوت حق، فإن أخذ منه المال لتعذر المكفول لم يكن له الرجوع لاعترافه بالظلم.

أي: لورضي الكفيل وولي ادم بدموع للحيولة، وترك انقصاص لم يتسلط الكفيل على المكفول - وهو المطلق قهراً، سماء مكفولاً مجاراً - بدية ولاقصاص؛ وذلك لأنه لم يكمله مقوبه، ولم يدع لمضاه، ولم يكن المدع واجباً بالأصالة، وإنما وجب بعارض وهو احيولة وقد زالت.

قال في التذكرة: ولو تعذر عليه امتثال الحق من قصاص أو مال، وأحلنا لما أو الدية من الكفيل، كان للكفيل الرجوع على العريم الذي خلصه قصاصاً<sup>(١)</sup>.

قوله: (لو قال الكفيل: لاحق لك على المكفول قُدم قول المكفول له؛ لاستدعاء الكفالة ثبوت حق، فإن أخذ منه المال لتعذر المكفول لم يكن له الرجوع؛ لاعترافه بالظلم).

أي: لو تنازع الكفيل والمكفول له بعد صدور الكفالة، فقل للكفيل لمكفول له لاحق لك على المكفول فالكفالة فاسدة، وادعي المكفول له الحق المصحح للكفالة قُدم قول المكفول له يمينه، لأن الكفالة لا تصح إلا مع ثبوت حق، ولأصل في العقد الصحة.

فإن تعذر احضار المكفول، فهل يجب عليه أداء المال من غير يمين؟ ذكر في التذكرة إشكالاً أقرب به عدم الوجوب<sup>(٢)</sup>، وذلك صحيح؛ لأن الكفالة

(١) التذكرة ٢: ١٠٣.

(٢) المصدر السابق.

ب: لو تكفل اثنان برجل فسلمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر،  
ولو تكفل لاثنين فسلمه إلى أحدهما لم يبرأ من الآخر.  
ج: لو ادعى إبراء المكفول فرد المكفول له اليمين حلف وبرئ من  
الكفالة دون المكفول من المال.

لاستدعي ثبوت المال، إما تستدعي ثبوت حق في الحملة.  
فإن أوحده على الاحتمال المرحوح، أو قامت بية به فدفعه لم يرجع به  
على المكفول؛ لا اعترافه براءة ذمته ولم يضمنه.  
قوله: (لو تكفل اثنان برجل فسلمه أحدهما فالأقرب براءة  
الآخر).

وجه القرب أنه تسليم من عبه الحق في زمانه ومكانه فيجب قبوله، فإذا  
قصده أحد الكفيلين بالتسليم مع نفسه الكفيل الآخر برئ أيضاً؛ للاتيان بالواحد  
على وجهه، ولأن المكفول لو سلم نفسه عن كفيل برئ فهو أولى، لأن وجوب  
التسليم عليه باعتبار الكفالة إما هو باعتبار لتبعية، وفي الكفيلين الوجوب على كل  
منها بالأصل.

وقال الشيخ<sup>(١)</sup> وجهاً<sup>(٢)</sup>: لا يبرأ لأنه لا دليل عليه، وهو ضعيف،  
والمعتمد الأول.

قوله: (لو ادعى إبراء المكفول، فرد المكفول له، ليمين حلف وبرئ  
من الكفالة، دون المكفول من المال).

أي: لو ادعى الكفيل أن المكفول له أبرأ المكفول، وأنكر المكفول له  
ذلك فالقول قوله إذا لم يكن للكفيل بية، فإذا حلف برئ من دعوى الكفيل،  
فإن جاء المكفول وادعى لإبراء لم يكتب بيمين التي حلفها المكفول له للكفيل،  
بل لا بد من يمين أخرى؛ لأن هذه دعوى أخرى مستقلة إذ دعوى الكفيل إما

(١) البسوط ٢: ٣٣٩.

(٢) منهم: ابن حرة في الوسيعة ٣٢٩، وس براج في حوهر لفته (حسن الجوامع للمهية): ٤٢٤.

د: لو ترامت الكفالات صح، فإن أبرئ الأصل برئوا أجمع.  
 ه: لو قال: أنا كفيل بفلان، أو بنفسه، أو ببدنه، أو بوجهه، أو برأسه صح، إذ قد يعبر به عن الجملة.  
 أما لو قال: كفلت كبده، أو غيره مما لا يمكن الحياة بدونه، أو

كانت لبراءة نفسه.

ولو رد المكفول له اليمين على لكفيل فحلف برئ من الكفالة، ولا يبرأ المكفول من المال بهذه اليمين، إذ لا يجوز أن يبرأ يمين غيره، بخلاف ما لو حلف المردودة المكفول فانها يبرأ.

و لو نكل المكفول له عن يمين المكفول حلف لمكفول، وبرئ هو والكفيل وإن كان قد حلف عن عدم الإبراء له، كذا ذكره في التذكرة<sup>(١)</sup>.

قوله: (لو ترامت الكفالات صح، فإن أبرئ الأصل برئوا أجمع).  
 أي: لو كفل الكفيل كفيل، ثم كفل هذا الكفيل كفيل، وهكذا صح؛ لأن صحة الكفالة بثبوت حق وهو ثبات بالكفالة، وإن أبرأ المكفول له الأصل برئوا أجمع؛ لامتناع بقاء الكفالة مع سقوط الحق.

فاذا أحضر الكفيل الأول من عليه الحق برئ، وبرئ<sup>(٢)</sup> الآخران. وإن أحضر لشافي الكفيل الأول برئ، وبرئ<sup>(٢)</sup> لثالث دون الأول، ودون من عليه الحق.

ومتى مات واحد برئ من كان فرعاً به، فمات من عليه الحق يبرؤون جميعاً، وكذا القول في البراءة.

قوله: (لو قال: أنا كفيل بفلان، أو بنفسه، أو ببدنه، أو بوجهه، أو برأسه صح، إذ قد يعبر به عن الجملة. أما لو قال: كفلت كبده، أو غيره مما لا يمكن الحياة بدونه، أو ثلثه وما شابه من المشاعة ففي الصحة

د. (١) التذكرة ٢ ١٠٣.

(٢) في «م»: ويبرأ.

ثلثه وما شابه من لمشاعة في الصحة نظر، ينشأ: من عدم السريان كالبيع، ومن عدم إمكان احصار الجزء إلا بالجملة فيسري،

نظر، ينشأ: من عدم السريان كالبيع، ومن عدم إمكان احصار الجزء إلا بالجملة فيسري).

في التحرير جعل رأس من القسم الثاني<sup>(١)</sup>، وهما وفي الارشاد والتذكرة<sup>(٢)</sup> جملة مما يعر به عن جملة، وليس بعيد، فان التعبير بالوجه عن الجملة معروف والرأس ليس ~~أصل~~ ~~الجملة~~

أما لا يعر به عن الجملة، ولا يمكن الحياة بدونه كالكبد، والثلث، والرغ ونحوهما في صحة الكفالة بكفالة نظر، ينشأ: من أن العقد اخاري على أحد هذه لا يسري الى المجموع، كما في البيع فانه إذا وقع على جزء معلوم بالإشاعة صح فيه، وعلى جزء معين يكون باطلاً ولا يسري.

ومن أن كفالة الجزء نذي لا يمكن الحياة بدونه يفصلي الى كفاة المجموع؛ لأن احصائه لا يمكن إلا باحصار المجموع، واستقرب في التحرير الصحة<sup>(٣)</sup>.

ولقد ثل أن يقول: إن حضره، وإن كان غير ممكن بدون حضار المجموع، لا يقتضي الصحة؛ لأن الاحصار فرع الكفاة، والمطلوب إنما هو صحة الكفاة، (واحصار ذلك مضمي)<sup>(٤)</sup> وحيث أن صحته إنما تكون بكفاة المجموع لم تصح هاهنا، إذ المتكف به ليس هو المجموع ولا ما يستلزمه، وإن كان حكم الكفاة - وهو احصار ذلك العضو - غير ممكن إلا باحصار المجموع، والعقود أسباب متلقاة من الشرع، فلا بد في صحته من النص.

(١) تحرير الأحكام ١: ٢٢٤.

(٢) لتذكرة ٢: ١١٠.

(٣) تحرير الأحكام ١: ٢٢٤.

(٤) ما بين القوسين لم يرد في «ق».

وكذا لو كان جزءاً يمكن الحياة مع انفصده كبذره ورجله.

و: لو هرب المكفول، أو غاب عينة منقطعة فالأقرب الزام الكفيل بالمال، أو احضاره مع احتمال براءته، ويحتمل الصبر.

فإن قيل: يجوز التعبير بالجزء من الحملة محازاً.

قنا: ما كان التعبير به عن متعارف لا بحث فيه، وإنما البحث فيما ليس متعارف.

قوله: (وكذا لو كان جزءاً يمكن الحياة مع انفصاله كبذره ورجله).

أي: هذا كالأول فيه وجهان فاشد: أمي عدم السربن ومكان الانفصال مع نقاء الحياة، ومن إن احصار ذلك على صفة لا يكون إلا احصار ابدن، ولا شبهة في أن الصحة هنا كعدم، والذي يقتضيه النظر المص.

قوله: (لو هرب المكفول، أو غاب غيبة منقطعة فالأقرب الزام الكفيل بالمال، أو احضاره مع احتمال براءته، ويحتمل الصبر).

وجه القرب: أن ذلك مقتضى الكدنة، فإما تقتضي احصار العريم، أو أداء ما عليه من المال، والأصل بقاء ذلك لي أن يحصل لمسرئ وهو المسقط لحق، أو موت المكفول وهو الأصح. ويحتمل البراءة لأن الاحصار واجب مع لإمكان.

وإذا عاب عينة انقطع بها حرة، كد احضاره ممتنعاً، فكان بمنزلة ما لو مات. ولأن وجوب الاحصار إذا سقط لم يجب المال؛ لأنه لم يتمهده به، ووجوبه مع وجوب الإحصار إذا لم يأت به لا يقتضي وجوبه ندوه.

ويصنف مع كون احضاره مع عينة المنقطعة ممتنعاً، بل هو أمر ممكن، فيجب على الكفيل تنبيهه في البلاد، أو أداء ما عليه.

ويحتمل وجوب الصبر توقعاً لممكنة: لأن الإحصار في هذا الحال لما امتنع وجوب الصبر في أن يعين مكانه، ولا تسقط الكفالة لعدم المسقط، وصحفه يظهر بما



ز: يجب على المكفول الحضور مع الكفيل إن طلبه المكفول له منه، وإلا فلا إن كان متبرعاً، وإلا فكالأول.

سبق، ولو وقع في بلاد الكفر بحيث لا يقدر عليه، أو في حبس ظالم بحيث لا يمكن تخليصه وجب الصبر إلى زمان إمكان احضاره، ولو رجي تخليصه بوجه وجب عليه السعي فيه، ولو احتاج إلى ذلك مال فاشكال، وعيبته حال كفاية كهيئته بعدها.

ولو ماطل في احضاره حتى هرب، أو غاب غيبة منقطعة، أو هربه فن أوجبنا المال فلا بحث، وإلا هي <sup>(١)</sup> ~~سوحوب~~ وعدمها اشكال، ونحوه قال في التذكرة <sup>(١)</sup>.

واعلم أن جمع المصنف بين هرب وغاب غيبة منقطعة، يشعر بأن الهرب كالفية المنقطعة في احتمال البراءة، وإن علم موضعه وهو ممكن إذا قطع بأنه متى توجه إليه الكفيل هرب عنه إلى موضع آخر، وهكذا.

قوله: (يجب على المكفول الحضور مع الكفيل إن طلبه المكفول له منه، وإلا فلا إن كان متبرعاً، وإلا فكالأول).

حيث أنه لا يشترط رضى المكفول في صحة الكفالة إذا وقعت بدون الإذن، فلا يخلو: إما أن يطلب المكفول (به من الكفيل احضار المكفول، أو لا، فإن طلبه وجب على المكفول) <sup>(٢)</sup> متابعة الكفيل إذا طلب حضوره؛ لأن طلب المكفول له المكفول منه توكيل له في احضاره، فلا يجوز له الامتناع.

وإن لم يطلب احضاره، فن قال: انخرج من حقي ففي وجوب المتابعة وجهان: من أن ذلك ليس توكيلاً في الاحضار إذ هو طلب الحق فلا تجب المتابعة، ومن أن المطالبة بمقتضى لكفالة وهو الاحضار، أو دفع من (أصل) <sup>(٣)</sup>

(١) التذكرة ٢: ١٠٢.

(٢) ما بين القوسين ساقط من نسخة «م».

(٣) لم ترد في «م».

ح: لو أسسم لكفيل على الخمر برئ من الكفالة، ولو أسلم أحد  
العريين برئ الكفيل والمكفول على شكر فيها.

المد، وهذا الوجه ليس بذلك السعد، وعادة لمصنف تقتضي الأول لقوله:  
(وإلا فلا...).

وإن لم يطب منه الإحضار ولا فرب: أنه أخرج من حق، ولكن أراد هو  
احصاره فلا يجب عليه المتابعة؛ لأنه مترع به كفالة فلا حق له على المكفول، ولو  
كف بالإذن وحب عليه المتابعة قطعاً.

وقول المصنف (وإلا فكالأوب) معناه: وإن لم يكن مترعاً، بل كانت  
الكفالة بالادن فكالأوب، أعني ما إذا طلب للمكفول أنه من الكفيل احصار  
المكفول، إذ يجب عليه المتابعة حيثما يكاد ذكرنا.

د نقرر هذا، فهو أدى لما لم يمتنع في شيء من هذه المواضع، فإن كان  
مترعاً بأدائه لم يرجع قطعاً، وإن كان قد كفر، لادن سواء شرط الرجوع بما يؤديه  
أو مطلقاً على أطهر الوجهين، إذا أدى مع تعدد حصار مكفول، ومطالبة المكفول  
له وتصفيه منه الرجوع عليه؛ لأن لادن في كفالة دن في لوازمها، ومن جهة  
لوازمها الأداء مع عدم الإحضار.

أما إذا تمكن من الإحضار، وأدى لما لم يمتنع في استذكرة: إن  
الأقرب أنه لا يرجع وإن كانت الكفالة نادرة؛ لأن الوجه في الكفالة الإحضار  
مع المكسة، وقد يمكن في أداء الماء مترعاً، سواء حسن مع ذلك أم  
لا<sup>(١)</sup>، ومد قربه قريب.

فأوله: (لو أسسم الكفيل على خمر برئ من الكفالة، ولو سلم  
أحد العريين برئ الكفيل والمكفول على شكال فيها).

هنا مسألتان والاشكال فيها معاً، فهما مرجع الصمير في قوله: (على  
اشكال فيها).

أ: إذا كانت الكفالة بين ذميين لمديون بخمر، و سلم الكفيل برئ من الكفالة على اشكال، ينشأ: من امتناع كون المسلم كفيلاً بالخمر، فتسقط ويبقى الحق بين ذميين كما كان. ومن أن الكفالة ليست بالخمر، بل بمن عليه الخمر. وهو حق بالنسبة الى الذميين بثبت في الذمة مع عدم التظاهر، و شرط صحة الكفالة ثبوت حق في الجملة فيتناول ذلك.

والحق أن الرقة الأول ضعيف جداً، لأن الاسلام لا يسقط حق الدمي وإن كان حراً، فتحب قبضته عند مستحليه، فانه محترم بالنسبة إليه.

ولهذا يمنع المسلم من استعراض اليه، ويخص قيمته لو اتلعه مع عدم التظاهر، بل قد بالغ السيد الفاضل عميد الدين فحوز كفالة المسم للدمي اذا كان في ذمته حراً أو حريراً بدمي آخر، محتملاً بأن الكفالة ليست بالمال، بل بالنفس مع ثبوت الحق للمكحول له في ذمة المكحول، وهو ما كذلك.

ولا شبهة في وجوب الحضور على المديون هنا الى مجلس الحكم لو طلبه المستحق، فلا مانع من صحة الكفالة أصلاً، وما ذكره حسن.

ب: الصورة بحالها وسمه أحد العريين فقط، وفي الحكم شكاً ينشأ: من عدم وجوب الخمر على المسلم، و امتناع استحقاقه إياها فيبرؤون جميعاً. ومن أن الواجب بالنسبة الى المسلم هو القيمة عند مستحبيه، والأصل بقضاء الكفالة.

والتحقيق أن يقاس: إن كان المسلم هو مستحق الخمر سقط، اد الواجب قبل الاسلام بم هو الخمر، وقد امتنع استحقاقه بالاسلام، لامتناع ملك المسلم إياه، والأصل براءة الذمة من وجوب القيمة على الدمي، وحيث كان المانع من جهة المسلم انتفى استحقاق القيمة.

وإن كان المسلم هو من عليه الخمر كن عليه القيمة عند مستحليه؛ لأنه باسلامه منع الخمر المستحق في ذمته لنمي مستحق، فيجب الانتقار الى القيمة، فتنتفي الكفالة ههنا، وتزول في الرض الأول ويبرؤون جميعاً.

فما لو كان ضامناً فإنه لا يسقط به سلام المضمون عنه، وفي رجوع الضامن المأذون عليه بالقيمة نظر.

ط: لو حيف على السفينة الغرق فألقى بعض الركبان متاعه لتخف لم يرجع به الى أحد وإن قصد الرجوع به أو قل له بعضهم: ألقه فألقاه.

قوله: (أما لو كان ضامناً فإنه لا يسقط به سلام المضمون عنه، وفي رجوع الضامن المأذون عليه بالقيمة نظر).

لما كان الضامن مائلاً، لم يسقط حق المضمون له عن الضامن بسلام المضمون عنه لو كان الدين حراً؛ لانتقاله من ذمة الضامن، وبراءته من حق المضمون به، لكن لو كان الضامن بالإذن وأدى الضامن الى المضمون له ما ضمنه، فهل لضمان الرجوع عليه بالقيمة؟ نظرتنا: من أنه أدى دينه بذاته فيستحق الرجوع، ولما تعدد الرجوع بالمثل لاسلامه استحق الرجوع بالقيمة، ولأنه بسلامه متلف حرم محترمة على ذمي فتكون مصمومة. ومن أن الرجوع إنما هو بما أدى، ولم يؤد إلا الخمر، ويمنع الرجوع بها عن مسلم، والقيمة لم يضمها ولم يؤدها.

ويصنف بأن الواجب هو الخمر، ولا تعدر على مسلم أداؤها تعذر للمثل، فوجب الانتقال الى القيمة، فوجب لقيمة بئس بالأداء بل بأمر آخر، خصوصاً والمانع من حق غير إنما هو اسلام المستحق عليه، فكيف يسقط لا إلى بدل، فوجب القيمة اقوى.

قوله: (وإن قصد الرجوع به، أو قل له بعضهم: ألقه فألقاه).

هذا وصلي لما قبله، ووجه عدم الرجوع في الأول أنه أتلف متاعه باختياره، من غير أن يلتزم له أحد بالرجوع به فلا يرجع، وليس هذا كايجار لمصطرطععام؛ لئلا من الشارع حيث أوجبه وهو مقتضى<sup>(١)</sup> للرجوع، وفي

أما لو قال به: ألقه وعليّ ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان  
للحاجة.

ولو قال: عني وعلى ركباني لسفينة ضمانه فامتنعوا، فإن قال:  
أردت التساوي لزمه قدر نصيبه.

الثاني أن لأمر بالإلقاء باختباره لا يستلزم لتروم الرجوع.  
قوله: (أما لو قال: ألقه وعليّ ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان  
للحاجة).

لا ريب أنه إذا قل: ألقه وعليّ ضمانه يضمن ما القاه بالتزامه الضمان  
(للحاجة)<sup>(١)</sup>، وهذا وإن كان ضماناً لم يجب، لكنه حكم بصحته للحاجة  
الداعية إليه، فإن فيه امتقاًذاً لسفوس، وربما ضايق الوقت عن حرء المعاملة فيه،  
وربما اقتضت تحاذراً فيفوت العزم. هذا إن حلفاه ضماناً، وإن جعلاه جمالة  
لكون المحمول في مقابلة عملاً مقصوداً عملاً حليصاً من الإلزام، ونحوه قال في  
التذكرة<sup>(٢)</sup>.

فروع: لو قطع بمرق السفينة وهلاك بعض أهلها، وسلامتها لوالقي المال  
في البحر، ففي وجوب الإبقاء لإبقاء الغير من الهلاك اشكال.  
قوله: (ولو قال: عليّ وعلى ركباني السفينة ضمانه فامتنعوا، فإن  
قال: أردت التساوي لزمه قدر نصيبه).

لمراد بالتساوي: أن يكون هو كأحدهم فيما يصيبه من الما بعد التوزيع،  
فحينئذ يورع ويلزم بقدر نصيبه؛ لأن الاشتراك يقتضي ذلك.  
وإن قال: أردت به ضمان مشترك وانفراد، على معنى أن كل واحد  
ضامن للمجموع لزم القائل ضمان الجميع؛ ولا شيء على الباقي في الصورتين،  
سواء سمعوا وسكتوا أو قالوا: لا يضمن أولم يسمعوا؛ لأن السكوت أعم من

(١) لم ترد في «م».

(٢) التذكرة ٢: ١٠٣.

ولو قال: وعليّ ضمانه وعلى الركبان فقد أذنوا لي فأنكروا بعد  
اللقاء ضمن الجميع بعد اليمين على اشكرك، ينشأ: من استناد التفريط  
إلى المالك. ولو لم يكن خوف فالأقرب بطلان الضمان.

الرضى.

وقول المصنف: (فامتنعوا) يحتمل أن يكون بعد الإلقاء فيشمل الصور  
الثلاث، أو قبله فيكون صورة واحدة وهي الرد، ولا يخفى أنه لو ادعى الأمر لأول  
ولم يصدقه صاحب المال كان له تحليفه.

قوله: (ولو قال: عليّ ضمانه) وعلى ركود لفينة فقد أذنوا لي  
فأنكروا بعد الإلقاء ضمن الجميع بعد اليمين على اشكرك....).

لا يخفى أن الظرف الأول يتعلق بـ (نكر)، واحتبر<sup>(١)</sup> به عما لو كان  
الانكار قبل الإلقاء، فإنه لا يصح حسنة سوى حصته؛ لأن التفريط أو التصع  
حسنة من المالك، والطرف الثاني يتعلق بـ (صم)، والمراد أن ضمانه للجميع  
إما يكون بعد يمينهم على عدم الإذن له في الصدق عنهم.

ومشأ لاشكال مما ذكره المصنف، أعني استناد التفريط إلى المالك  
حيث ألقى مناعه قبل الاستيثاق، ومن أن مرور يرجع على من عره. ويصتف  
بمع مرورهما، فإنه قد يكون صادقاً فيما أخبر عنهم، وأحيانا من قلهم في انكار  
وترك الاشهاد، والسؤال منهم مستند في تقصير ذلك ولأصح أنه لا يصح إلا  
حصته.

بقي شيء، وهو أنه لو ثبت أنهم لم يأنذروا له بالبيعة وإن عسر؛ لأنه شهادة  
على النفي أو باقرره، فهل بضمن نكوه قد عر ذلك حسنة؟ لا استبعد الضمان  
هنا.

قوله: (ولو لم يكن خوف فالأقرب بطلان الضمان).

وجه لقرب أنه ضمان مالم يحس، ولم تمس الحاجة إليه إن حمناه

وكذا مزق ثوبك وعليّ اصمان، أو أخرج نفسك وعليّ ضمانه، بخلاف طلق زوجتك وعليّ كذا.

ي: الأقرب انتقال حق الكفالة الى الوارث، ولو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو حالة وغيرها برئ الكفيل، وكذا لو أحوال المكفول المستحق؛ لأنه كالقضاء.

ضماناً، وإن جعلناه حكمة لم يست على عمل مقصود بخلاف محل الحاجة، ويحتمل ضعيفاً لصحة الاستماع بالإلقاء<sup>(١)</sup> لحقة السمية، وليس شىء.

قوله: (وكذا مزق ثوبك وعليّ ضمانه، أو أخرج نفسك وعليّ ضمانه).

أى: ضمان الثوب والجرح؛ لأنه مع كونه ضماناً ما لم يجب تعدد سببها.  
قوله: (بخلاف طلق زوجتك وعليّ كذا).

وكذا اعتق عبدك وعليّ كذا، فيه يصح ذلك حكمة، فبدم الجعل إذا أتى بالمجهول عليه، ودليل الصحة أنه عمل مقصود محلل، وربما كان عالماً بالتحريم سبها فطلب التفرقة بالعوض، أو علم كونه العبد حراً في الواقع، أو طلب ثواب العتق، أو نحو ذلك من المقاصد لصحيفة للعقلاء.

قوله: (الأقرب انتقال حق الكفالة الى الوارث، ولو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو حالة وغيرها برئ الكفيل، وكذا لو أحوال المكفول المستحق لأنه كالقضاء).

قد سبق ثبوت انتقال حق الكفالة بالإرث كسائر الحقوق، وذكرها هنا للفرق بين انتقال الحق عن المورث الى الوارث، وبين انتقال الحق من المستحق الى غيره ببيع ونحوه، فإن لكفالة لا تنتقل حبساً، كما لو باع الدين أو أحوال به غيره، ونحو ذلك، فإن الكفالة لا تنتقل الى من انتقل اليه الدين؛ لأنه لم ينتقل اليه

يب: لو أدى الكفيل لتعذر احضار المكفول كان له مطالبة المكفول بما أداه عنه، سواء كفل بإذنه أولاً.  
ولو ظهر بعد الأداء سبق موت المكفول رجع الكفيل على المكفول له.

المقصد الخامس: في الصلح: وفصوله ثلاثة:  
الأول: الصلح: عقد سائغ شرعاً قطع التجاذب، إلا ما أحل

سواء، لا سائر الحقوق المتعلقة به، على أن الكفالة ليست حقاً قابلاً للنقل بالاختار، بخلاف الإرث فإنه يقتضي نقل كل حق للمورث، فيتم الدين وما يتعلق به. ومثله ما لو أقال المكفول المستحق بدين، لأن ذلك كالفداء.

قوله: (لو أدى الكفيل لتعذر احضار المكفول كان له مطالبة المكفول بما أداه عنه، سواء كفل بإذنه أولاً).

لأنه أدى دينه بإذن شرعي فيستحق الرجوع، فعلى هذا لا بد من تقييده بمطالبة المكفول له بحيث يكون واجباً عليه.

قوله: ( لصلح عقد سائغ شرعاً لقطع التجاذب... ).

ربما يقال عليه: إن هذا يقتضي اشتراطه بسبق الخصومة كما يراه بعض العامة<sup>(١)</sup>، لأن انقطاع التجاذب مسبوق بالتجاذب، فيجذب. بأن أصل شرعيته لدلت، ولا يلزم ثبوت التجاذب في كل مورد من أفراد الصلح، كما في لقصر للمشقة في السفر.

وهو قيل: السعر المخصوص مصبة المشقة والقصر تابع له، بخلاف الصلح



حراماً أو حرّم حلالاً، كالصّح على استرقاق حر، أو استباحة بضع، أو  
صالحه بخمر أو خنزير، أو صالحه - مع انكاره ظاهراً - على بعض ما عليه،  
سواء عرف المالك قدر حقه أولاً، فإن الصّح في مثل ذلك لا يثمر ملكاً  
ولا إبراء، إلا أن يعرف المالك ما عليه ويرضى باطناً.

فإن الحكم لا يتعلق بما هو مظنة تنحاذب كما هو ظاهر

قلنا: حيث ثبت شرعيته لنقل الملك مع الخصومة تثبت شرعيته،  
والأصل عدم كون الخصومة شرطاً.

قوله: (كالصّح على استرقاق حر، أو استباحة بضع).

هذا صّح يحل الحرام.

قوله: (أو صالحه بخمر أو خنزير).

هذا يمكن جمعه من قسيل ما يحرم لحلال، ويمكن أن يجعل كل من  
الأقسام عللاً لسحرام ومحرمات للحلال باعتبار العوصين.

قوله: (أو صالحه - مع انكاره ظاهراً - على بعض ما عليه، سواء  
عرف المالك قدر حقه أولاً، فإن الصّح في مثل ذلك لا يثمر ملكاً  
ولا إبراء، إلا أن يعلم المالك ما عليه ويرضى باطناً).

لا يبحث في صحة الصّح مع الاقرار، أما مع الانكار فإذا أنكر المدعى عليه  
المدعى به ظاهراً ووصلح على بعض ما عليه - أي على قدر بعض ما عليه في الواقع،  
سواء كان من حنسه أم لا، ومنه ما لو صالحه ببعض ما ادعى به - فإن هذا  
الصّح باطل بحسب الواقع، ولا يثمر ملكاً إن كان المدعى به عينا، ولا إبراء إن  
كان ديناً، سواء عرف المالك قدر حقه أم لا، وسواء ابتداء هو بطلب الصّح عن  
حقه أم لا؛ لأن صالحه ربما كان توصلأً إلى أخذ بعض حقه، إلا أن يعلم أن  
المالك قد رضي باطناً مع علمه بقدر الحق.

فلو كان له عليه دين لا يعلمه، فصالحه عليه بأقل منه من غير أن يعلمه

وكذا لو كان المدعي كاذباً فصالحه المنكر فإنه غير مباح، إلا مع الرضى الباطن، وهو أصل في نفسه ليس فرعاً على غيره وإن أفاد فائدته.

بقدره لم يبرأ بذلك؛ لرواية علي بن أبي حمزة، عن أبي الحسن عليه السلام في يهودي أو نصراني كان له عبد لسائل أربعة آلاف درهم ومات، أصالح ورثته ولا أعلمهم كم كان؟ قال: «لا يجوز حتى تحبرهم»<sup>(١)</sup>، هذا حال لصلح في نفس الأمر؛ وأما ظاهراً فإنه صحيح يحكم على كل منها به

نعم لو أقر المدعي عليه بعد الصلح بصحة الدعوى وحب تسليم المدعى به ظاهراً أيضاً، ثم المدعي إن كان قد رضي بالصالح باطناً لا يجوز له أحده، وإلا أحده.

قوله: (وكذا لو كان المدعي كاذباً فصالحه المنكر فإنه غير مباح، إلا مع الرضى الباطن).

لأن لظاهر أنه يريد التخلص من عهدة دعواه الكاذبة، ولأنه مع عدم التراخي أكل مال باطلاً، هذا بحسب نفس الأمر، أما بحسب الظاهر فإنه صلح صحيح. ولو ادعى مثلاً بحظ مورثه أو وكيله وبحره، وتجه على المكر اليمين فزرد الصلح لقطع هذه الخصومة واستقاط اليمين، فليس بعيداً من لصوب صحته ظاهراً. وما في نفس الأمر تابع لصحة الدعوى وعدمها، ويحتسب الصحة مطلقاً؛ لأن اليمين حق فيصح الصلح لاستقاطها.

قوله: (وهو أصل في نفسه ليس فرعاً على غيره، وإن أفاد فائدته).

هذا هو المشهور والأصح، وللشيع قول أنه فرع على غيره<sup>(٢)</sup>، وهو مذهب الشافعي<sup>(٣)</sup>، فجعله فرع البيع إذا أودى بقل منك، وفرع الاجارة د وقع على

(١) لكافي ٢٥٩: ٥ حديث ٦، عقيه ٢٦: ٣ حديث ٥٤، التهذيب ٢٠٦: ٦ حديث ٤٧٢.

(٢) المبسوط ٢: ٢٨٨.

(٣) لمجموع ١٣: ٣٨٥-٣٨٧.

ويصح على الاقرار والانكار من غير سبق خصومة، ومع سبقها سواء علما بقدر ما تنازعا عليه أو جهلاء، ديناً كان أو عيناً، وهو لازم من الطرفين لا يطل إلا باتفاقهما على فسحه.  
ولا بد من متعاقدين كاملين، وما يتصلحان به، وعليه.

المسفعة، وفرع الإبراء الذي يقتضي إسقاط بعض الدين، وفرع الهبة إذا تضمن هبة بعض العين، فإن يصلح من العين على بعضها، وفرع العارية فيما إذا أقر له بدار في يده، وصلحه على سكنها سنة وهو مردود، فإن افادة عقد فائدة أخرى لا يقتضي كونه من أفرادها.

قوله: (ويصح على الاقرار والانكار من غير سبق خصومة، ومع سبقها سواء علما بقدر ما يتصلح عليه أو جهلاء، ديناً كان أو عيناً).

حالف الشافعي في الصلح على الانكار فبع منه، وكذا مع من الصلح من غير سبق خصومة<sup>(١)</sup>، وعندنا يصح الصلح في ذلك، ولا فرق بين علمها بقدر ما يتصلح عليه وجهلها؛ لحصة حفص بن البختري عن الصادق عليه السلام<sup>(٢)</sup>، ولو علم من عليه الحق وجب عليه إعلام الآخر.

ولا يحكم بصحة الصلح بدون الإعلام؛ لرواية علي بن أبي حمزة السالعة<sup>(٣)</sup>، ولعدم العلم بالرضى الباطن، إلا أن يعلم أنه قد رضي بالصلح كئناً ما كان المصالح عليه، وقد صرح به في التذكرة<sup>(٤)</sup>.  
قوله: (ولا بد من متعاقدين كاملين).

وكذا لا بد من صيغة مشتملة على الإيجاب والقبول، كسائر العقود اللازمة.

قوله: (وما يتصلحان به، وعليه).

(١) كفاية الأخير ١: ١٦٧، وجوب ١: ١٧٨، فتح المبرر ١٠: ٣٠٦-٣٠٢، المجموع ١٣: ٣٩٠.

(٢) الكافي ٥: ٢٥٩، حديث ٥، تهذيب ٢: ٢٨٦، حديث ٤٧٩.

(٣) الكافي ٥: ٢٥٩، حديث ٦، الفقيه ٢: ٢١٣، حديث ٥٤، التهذيب ٦: ٢٠٦، حديث ٤٧٢.

(٤) التذكرة ٢: ١٧٨، ١٧٩.

ويشترط فيها التملك، ولو صالح على عين بأخرى في الربويات  
ففي إلحاقه بالبيع نظر،

لأنه من عقود المعاوضات فلا بد من عوضين.

قيل عليه: إن الصلح إذا وقع موقع الإبراء، كما لو صاحبه من الحق على  
بعضه فانه صحيح؛ لعموم شرعة الصلح وليس فيه عوضان.

قلنا: تكفي في المعايرة الجزئية والكلية

قوله: (ولو صالح على عين بأخرى في الربويات في إلحاقه بالبيع

نظر).

ينشأ: من امكان اختصاص الرب بالبيع، فيتملك في الصلح بصيانة  
الجوار. ومن أن طهر قوله صحاح: (وحرّم الربا) <sup>(١)</sup> يقتضي تحريم زيادة في  
التمتلك في كل المعاوضات فلا يختص بالبيع، وفي هذه قوة وتمسك بحاج  
الاحتياط. ومن حمل الصلح بيعاً فلا اشكال عنده في تحريم الرباذة.

وقد قال الشارح العاقل: إن الشيخ أحقه بالربويات، واحتاره ابن

البراج، وهو يبنى على قاعدتين:

أ: الصلح بيع أم لا؟

ب: الربا يختص بالبيع أم يعم <sup>(٢)</sup>؟

وهذا كلام فاسد؛ لأنه لا معنى لإلحاقه بالربويات عند الشيخ وابن

البراج، إذ هو بيع على قولهما.

ثم يبنى ذلك على قاعدتين أصح، وإن كان المني كلام المصنف  
فاغرب؛ لأن المصنف قد حكم سابقاً بأنه أصل برأيه لا فرع على غيره، فكيف  
يكون تردده لاحتمال كونه فرعاً، وبما تردده لاحتمال عدم اختصاص الربا  
بالبيع.

(١) البقرة، ٢٧٥.

(٢) إصباح لفوائد ١٠٤:٢.

وكذا في الدين بمثله، فإن الحقتاه فسد لو صالح من ألف مؤجل بخمسمائة حال.

ولو صالح من ألف حال بخمسمائة مؤجل فهو إبراء على اشكال، ويلزم التأجيل،

قوله: (وكذا في الدين بمثله).

أي: وكذا يحییء الضرر في الصلح عن الدين بمثله، أي: بدين آخر فده  
يحتمل عدم صحته؛ نظراً إلى مشاركته لبيع في علة الملع ويشتركان في الحكم،  
والأصح عدمه.

قوله: (فإن الحقتاه فسد لو صالح من ألف مؤجل بخمسمائة حال).

أي: فإن الحقتاه الصلح بالبيع في تحريم الربا، فصالح من ألف درهم  
مؤجل بخمسمائة درهم حالة فسد، كما إذا باع ألفاً مؤجلة بخمسمائة حالة للربا.  
قوله: (ولو صالح من ألف حال بخمسمائة مؤجل فهو إبراء على  
اشكال، ويلزم التأجيل).

لما كان الصلح قد يفيد فائدة الإبراء احتمل صحته في هذه الصورة،  
وهي ما لو صالح من ألف حال بخمسمائة مؤجل. والفرق بينها وبين التي قبلها:  
أنه في التي قبلها جعل الحل في مقابل خمسمائة فامتنع الإبراء فيها؛ لأن الإبراء  
اسقاط محض، وما كان في مقابله شيء لا اسقاط فيه، بخلاف الأخيرة؛ لأن  
الخمسمائة المسقط لا في مقابله شيء، بل الأجل المشروط نقصان آخر، وضعف  
هذا الفرق طاهر. ومنشأ الاشكال: من أنه إبراء كما ذكرنا، ومن أن الصلح  
معاوضة بالاستقلال لثبوت المعبرة بين العوضين، ووقوع أحدهما في مقابلة الآخر.  
فإن قلنا بالصحة لزم الأجل حلاًفاً للشافعي<sup>(١)</sup>، وربما استدلل على الصحة

وليس طلب الصلح اقراراً بخلاف يعني أو ملكني.  
ولو اصططح الشريكان على أن لأحدهما رأس ماله وللآخر الربح  
والخسران صح.

ولو صالح عن الدينير بدراهم، أو بعكس صح ولم يكن صرفاً،

يقول النبي صلى الله عليه وآله لكعب بن مالك: «أترك الشطر واتبعه بقيته»<sup>(١)</sup>  
وروي ذلك عن الصادق عليه السلام.

وحوايه أقول بالموجب، فإن الترك ليس معاوضة وإما هو تصريح  
بالبراءة وكلامنا في المعاوضة، والذي يفتضيه النظر البطلان في الصورتين للروم  
الربا المحرم.

قوله: (وليس طلب الصلح اقراراً بخلاف يعني أو ملكني).  
خلافاً لبعض العامة<sup>(٢)</sup>، فإن الصلح قد يكون على الأتمكان وأما البيع  
والتحكيم فهما فرع الملك.

قوله: (ولو اصططح الشريكان على أن لأحدهما رأس ماله وللآخر  
الربح والخسران صح).

هذا إذا انتهت الشركة وأريد مسحها وكان بعض المال ديناً؛ لصحيفة  
أبي الصباح عن الصادق عليه السلام في رجلين شتركا في مال مربي فيه ربحاً،  
وكان من المال دين وعين فقال أحدهما لصاحبه: اعطني رأس مال ولربح لك  
وماتوى<sup>(٣)</sup> فعليك فقال: «لا بأس به إذا شرط»<sup>(٤)</sup> الحديث.

قوله: (ولو صالح عن الدينير بدراهم، أو بعكس صح ولم يكن  
صرفاً).

لأن الصلح عقد مستقل بنفسه، وأصرف بيع فلا يشترط في الصلح

(١) سنن أبي داود ٣: ٣٠٤ حديث ٣٥٩٥

(٢) نسبة هذا الخلاف إلى شافعي في أحد وجهيه، انظر: فتح المبرر ١٠: ٣٠٢

(٣) توى المال: هلك، مجمع البحرين (توا) ٧١١

(٤) استهذيب ٦: ٢٠٧ حديث ٤٧٦.

ولو ظهر استحقاق أحد العوضين بطل الصلح. ويصح على كل من العين والمنفعة، بجنسه أو مخالفه.

ولو صالح على ثوب أتلفه ب درهم على درهمين لزم.

**الفصل الثاني:** في نزاحم الحقوق: يجوز اخراج الروشن، والجناح، ووضع الساباط، واستحداد الأبواب، ونصب الميازيب في

التقابض لو كان العوضان من الأثمان.

**قوله:** (ويصح على كل من العين والمنفعة بجنسه أو مخالفه).

لأنه يفيد فائدة عقود متعددة كما سبق، ولو صالح على اسقاط خيار أو على حق أولوية ونحو ذلك صح.

**قوله:** (ولو صالح على ثوب أتلفه ب درهم على درهمين لزم).

هذا إن لم نقل: **إن الربيع يعم الصلح**، أو قلنا إن القسمي يثبت في الدمة مثله، ثم يستقل إلى القيمة لتعدد المثل، واختار المصنف في المختلف الصحة<sup>(١)</sup> كما هنا، واستشكله شريحنا شهيد في الدروس<sup>(٢)</sup>، ومسعه في الخلاف<sup>(٣)</sup> والمبسوط<sup>(٤)</sup>، وابن البراق<sup>(٥)</sup>، واحتج المصنف<sup>(٦)</sup> بعموم روايات<sup>(٧)</sup> معارضة بقوله تعالى: (وحرم الربا)<sup>(٨)</sup>، والأصح عدم لصحة.

**قوله:** (يجوز اخراج الروشن، والجناح، ووضع الساباط).

لا فرق بين الروشن والجناح، فإن كل واحد منها اخراج الخشب من الجدار والبناء عليه ونحوه، بحيث لا يصل إلى الجدار المقابل، فإن وصل فهو

(١) المختلف: ٤٧٥.

(٢) الدروس: ٣٧٨.

(٣) الخلاف ٢: ٧٦ مسألة ١٠ كتاب الصلح.

(٤) المبسوط ٢: ٣٠٨.

(٥) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٧٥.

(٦) المختلف: ٤٧٥.

(٧) الكافي ٥: ٢٥٩ حديث ٥، ٧، التهذيب ٦: ٢٠٦، ٢٠٨ حديث ٤٧٣، ٤٧٩.

(٨) البقرة: ٢٧٥.

الطرق النافذة مع انتفاء ضرر المارة وإن عارض مسلم.  
أما لو كانت مضرة، أو أظلم بها الدرب على الأقوى، أو كانت  
في المرفوعة فإنه لا يجوز.

الساماط، وفسر اللغويون الروشن بأنه الكوة<sup>(١)</sup>.

قوله: (وإن عارض مسلم).

خلافاً للشيخ من<sup>(٢)</sup>، وأبي حيفة من العامة<sup>(٣)</sup> فيما إذا عارض مسلم فإنه  
مع، حكاه المصنف في التذكرة<sup>(٤)</sup>.

قوله: (أما لو كانت مضرة، أو أظلم بها الدرب على الأقوى، أو  
كانت في المرفوعة فإنه لا يجوز).

الصلح في لصرر وعدمه المعروف، ويختلف باختلاف حال الطرق،  
وطعمة الدرب بها إن كانت بحيث يزول الصيب بالكلية مانعة إجماعاً، وبدونه  
كذلك على الأقوى، خلافاً للشيخ<sup>(٥)</sup>؛ لأن ذلك يضر بضعف البصرية نهراً وفي  
الليل مطلقاً.

وإن كان إحراج شيء من هذه في غير نافذة، وهي الطريق المرفوعة  
المسدودة لم يحرج لأنها ممدوكة لأرباب الأبواب فيها، وهم محصورون فلا يجوز  
لأحدهم التصرف فيها بدون إذن الباقيين.

(١) كما في الصحاح (رشد) ٢١٢٤:٥، ولسان العرب (رشد) ١٨١:١٣.

(٢) المبسوط ٢٩١:٢، والخلاف ٢: ٧٤:٧٥ مسألة ٢ كتاب الصلح.

(٣) فتح العزيز ١٠: ٢١٨، المجموع ١٣: ٣٩٦.

(٤) التذكرة ١٨١:٢.

(٥) المبسوط ٢٩١:٢، علماً بأن عبارته مطلقاً تشمل رواه الصيب بالكلية أو قسماً منه، فالشيخ لا يحسبه  
مدحاً على ما يبدو.

قال في المفتاح ٤٧٤:٥: (وعلى إطلاقه مبرور عن الظنمة بحريته بضياع بالكلية... وقد لا يكون  
لشيخ عماله عند التأمل)، فحاش حيداً.



ولو أذن أرباب الدرب المرفوع، أو فتح روزنة، أو شباكاً جاناً  
واذنه إغارة يجوز الرجوع فيه.

ويمنع من استجداد باب في المرفوعة لغير الاستطراق دفعاً للشبهة،  
ويجوز الصلح بينه وبين أرباب المرفوع على إحداث روشن وشبهه على  
رأي، وليس لغيرهم مع رضاهم الاعتراض.

قوله: (ولو أذن أرباب الدرب المرفوع، أو فتح روزنة، أو شباكاً  
جاناً).

لا بحث في الحوار مع الإذن، ولكن أراد فتح روزنة أو شباك حازو إن لم  
يأذنوا أو نهوا؛ لأنه إما يتصرف في جداره ولا صرر عليهم.

قوله: (ويمنع من استجداد باب في المرفوعة لغير الاستطراق دفعاً  
للشبهة).

المراد بالشبهة: ما يشعر به باب من ثبوت حق الاستطراق، فربما استدل به  
على ثبوت الاستحقاق مرور الأيام، ولأن لباب بعد فتحه لا ينضبط عدم  
الاستطراق به، ولا يؤمن حصوله ليلاً ونهاراً ويحتمل ضعف الحوار كما سيأتي.

قوله: (ويجوز لصلح بينه وبين أرباب المرفوع على إحداث روشن  
وشبهه على رأي).

لعموم الدلائل الدالة على حوار لصح<sup>(١)</sup> بحيث تدول هذا، وهو مختار  
ابن إدريس<sup>(٢)</sup>، وهو الأصح. وقدل الشيخ<sup>(٣)</sup> واس البرج<sup>(٤)</sup>: لا يجوز لأن فيه  
افراداً للهواء، ليس، وهو يقتضي لبناء على أن الصلح فرع البيع وقد بينا ضعفه.

(١) منها: ما رواه الكشي في النكاح ٢٥٩:٥ حديث ٥، و الشيخ في التهذيب ٢٠٨:٦ حديث ٤٧٩.

(٢) لم يحده في أسرائر، وقال السيد العملي في مفتاح الكرامة ٤٧٦:٥ (.. موافق للسرار فيما حكى  
لاني لم أجده).

(٣) قاله في المبسوط ٢٩٢:٢.

(٤) نقله عنه صحر محققين في إصباح العرنند ١٠٦:٢.

ولكل من له الاستطراق فيه إزلة ما أحدثه بغير إذن، ولذي الدارين المتلاصقين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما. وفي استحقاق الشفعة حينئذ نظر،

قوله: (ولكل من له الاستطراق فيه إزلة ما أحدثه بغير إذن). لأنه تصرف في حقه بغير إذنه فكأنه إزالته، ولا فرق بين أن يأذن الباقي أو لا.

قوله: (ولذي الدارين المتلاصقين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما).

وليس لأحد من أهل واحدة من السكتين معه لأنه يستحق المرور في كل من السكتين، ورفع الحدار الجائل بين الدارين وجعلها داراً واحدة حائزاً أحدهما، فمنع باب من حداهما إلى الأخرى بطريق أولية، إذ هو عبارة عن رفع بعض الحدار.

ومنع منه بعض الشافعية<sup>(١)</sup>؛ لأن ذلك يشبه له حق الاستطراق من لدرب المسدود إلى دار لم يكن له طريق منه، ولأن باب ربما أدى إلى إثبات الشفعة في قول من يشبهها بالطريق لكن واحد من الدارين في زقاق الأخرى.

وعتبطهم المصنف في التذكرة بالأولية السابقة اللازمة عن رفع الحدار كله، مع أن المحذور لازم<sup>(٢)</sup>.

قوله: (وفي استحقاق الشفعة حينئذ نظر).

أي: وفي بقاء استحقاق الشفعة بسبب الاشتراك في الطريق حينئذ نظر، ينشأ: من التردد في كون ذلك موجباً للاشتراك في الطريق من الجانبين الموجب للكثرة وعدمه.

ويمكن أن يكون المراد: وفي حدوث استحقاق الشفعة لكل من

(١) فتح العزيز ١٠، ٣١٣، المجموع ١٣، ٤١٢-٤١٣

(٢) التذكرة ٢، ١٨٣

الشريكين في الدريين المرفوعين بالنسبة الى الدار الاخرى بطر، ينشأ: من التردد في كون ذلك موجباً للاشتراك وعدمه، إلا أن هذا لا يستقيم إلا على القول بثبوت الشفعة مع الكثرة.

والأصح أن الشفعة على ما كانت قبل فتح الباب، وفتحها لا يوجب ثبوت الاستحقاق لوحدة من الدارين في طريق الأخرى.

ويمكن أن يكون معنى العبارة: وفي بقاء استحقاق صاحب الدارين المفتوح بينهما، باعتبار كل منهما لشفعة (على شريكه في كل من الدريين المرفوعين، لو باع داره وقلنا باستحقاق الشفعة) (١) فحرد الاشتراك في الطريق، أو كانت الداران مشتركين، ثم ميرب بالقسمة وفي الطريق بطر، ينشأ: من أن مجاز تلك الدار في درب بشارك فيه آخر، غير الشريك في هذه الدرب فتكثر الشركاء، فينتي استحقاق الشفعة حينئذ بناءً على لمع منه مع الكثرة. ومن أن شركته مع أزيد من واحد إما هو باعتبار دريس، فم يرد الشركاء باعتبار كل واحدة على اثنين.

ويمكن أن يكون المراد: وفي استحقاق الشريك الشفعة لو باع ذو الدارين أحدهما بطر، من تحيل تكثر لشركاء، وعدمه، ويمكن أن يراد كل منهما.

فان قيل: على العرص الثاني لا يحىء هذا البطر؛ لأن الاشتراك في الطريق اذا كان حادثاً بعد القسمة لا يعتد به، إنما المعتبر الاشتراك قبل القسمة، وتميز الشققين مع بقاء الاشتراك في الطريق.

قلنا: يمكن أن يكون الاشتراك في الطريقين لكل من الدارين قبل القسمة، فلما حصلت القسمة مد ما بينهما، ثم طرأ فتح الباب.

ولقائل أن يقول: على هذا التقدير اشريك مشترك لا محالة، ومع ذلك ففرض المسألة لا يطابق هذا، إذ مفروض داران لاحق لأحدهما في درب الأخرى،

وينفرد الأدخل بما بين البابين، ويتشاركان في الطرفين.  
ولكل منها الخروج ببابه مع سد لأول وعدمه،

فلا يجيء لطر في المسألة إلا على قول من يشبه مطلق الاشتراك في الطريق، كما  
ترشد إليه عبارة التذكرة<sup>(١)</sup>.

ولاند في محيء لطر في استحقاق أحد الشريكين الشفعة، لو باع أحد  
الدرين من التقييد بعدم اشتراط سد الباب بينهما، فإن شرطه فلا وجه للنظر  
أصلاً.

قوله: (وينفرد الأدخل بما بين البابين).

فيكون الخارج شريكاً إلى عد تائه، إذ مقتضى لاستحقاقه الشركة هو  
الاستطراق وبهاته الباب، وقوى في الشؤوس مشاركته للأدخّل فيما دخل عن بابه،  
لاحتياجه إلى ذلك عند اردحام الاحمال ووضع الاثقال<sup>(٢)</sup>: وفيه نظر؛ لأنه  
لا يبرم من الاحتياج الشركة، وإنما المقصدي لسمك هو الإحياء، فإذا وضع الباب  
على وجه معين لم يكن لاستحقاقه فيما دخل عنه وجه، والمشهور الأول، وعليه  
الفتوى.

قوله: (ويتشاركان في الطرفين).

لاستفاء الأولوية لواحد على غيره بخلاف ما بين البابين؛ لأن ادخلية  
الباب تقتضي الاستطراق، وهو مختص به فيتحقق الترحيح.

قوله: (ولكل منها الخروج ببابه مع سد الأول وعدمه).

لأن حق الاستطراق ثابت له إلى تائه، فكل ما خرج عنه له فيه شركة،  
وتصرّفه في حذاره برفع كله أو بعضه لا شئ في حوره. ولا يقال: إنه يتكثر  
الأبواب يكثر المستطرقون؛ لأنه لا يتماوب احمال بكثرة لمستطرقين والباب واحد،

(١) التذكرة ٢: ١٨٣.

(٢) الدروس: ٣٨١.

فإن سده فله العود اليه، وليس لأحدهما الدخول، ويحتمله إذ قد كان له ذلك في ابتداء الوضع، ورفع الحائط أجمع.

مع أن الازدحام ربما كان أكثر على هذا التقدير.

قوله: (فإن سده فله العود اليه).

لأن حقه الثالث لا يسقط بسد الباب، بل ولا بالاسقاط.

قوله: (وليس لأحدهما الدخول).

أي: بيانه عن موضعه؛ لأنه لا حق له فيما دخل عنه.

قوله: (ويحتمل) إذ كان له ذلك في ابتداء الوضع ورفع الحائط

أجمع).

أي: ويحتمل حوار الدخول، والعبارة تحتمل أن يريد جوار الدخول بالباب من غير استطراق، وأن يريد مع ذلك حوار الاستطراق، وهو بعيد جداً. والوجه الأول من الوجهين اللذين استدك بهما لو تم لدل على الثاني، بخلاف الوجه الثاني.

وتوضيح لأول: أنه قد كان في ابتداء الوضع غيراً بين وضع الباب داخلياً وخارجياً، والأصل بقاء ذلك. ويصغف بأن تملك المباح إنما يقع على الوجه الذي اتفق، فإنه قد كان له فتح باب من أي الجوانب شاء، وقد امتنع عليه الآن فتحه إلى بيت جاره.

وتوضيح الثاني: أن جعل الباب ادخل عبارة عن رفع بعض الجدران ورفع جميعه جائز فبعضه أولى. ويصغف بأن رفع الجميع لا تنطرق اليه شبه استحقاق الاستطراق، بخلاف جعل الباب ادخل.

قيل عليه: رفع الجميع قد تنطرق اليه شبه كون الطرف الأدخل كله أو بعضه داخلياً في مكانه.

قلنا: ليس الرفع هو المحصل لهذه الشبهة، نعم هو غير مانع، بخلاف الباب

وليس للمحاذي في النافذ منع مقابله من وضع الروشن وإن استوعب الدرب، فإن خرب جاز لمقابله المبادرة فليس للأول منعه.

ويجوز جعل الدار اثنتين، ويفتح في المرفوع آخر في موضع له استطرأقه، وفتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس، إلا على الاحتمال،

فانه هو اسبب في الشبهة ولا خفاء، لصعب هذا الاحتمال.

قوله: (وليس للمحاذي في النافذ مع مقابله من وضع الروشن وإن استوعب الدرب).

لما لم يكن الطريق النافذ حقاً لدوي الدوك فيه، لم يكن للجار المقابل ولا لغيره الاعتراض على بعض أهل الدرب، اذا وضع روشناً لا صريره على الدارة، سوء استوعب الدرب أم لا، بشرط أن لا يضع شيئاً منه على حذر المعدل.

قوله: (فإن خرب جاز لمقابله المبادرة فليس للأول منعه).

لأن الأول لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه، فلما خرب ماؤه زال الأولوية وعاد الأمر (إلى ما كان) <sup>(١)</sup>.

قوله: (ويجوز جعل الدار اثنتين ويفتح في المرفوع آخر في موضع له استطرأقه).

قد سبق أن له أن يفتح لذات الدرب المرفوع باباً آخر أقرب إلى صدر الدرب، وهو الموضع الذي له استطرأقه، فإذا جعل الدار الواحدة اثنتين، ثم فتح باباً للآخر في موضع له استطرأقه لم يكن مانع منه.

قوله: (وفتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس).

وامرق حوار أحداث الأبواب، والاستطرأق في الدار لكونه غير مملوك بخلاف المرفوع.

قوله: (إلا على الاحتمال).

والجدار المختص ليس لسجار استصرف فيه بتسقيف، وطرح خشب، وغير ذلك.

ولا تجب عليه الإعارة لو استعاره الجار بل تستحب.  
ولو أذن جاز له الرجوع قبل الوضع وبعده على الأقوى، لكن مع الأرض على اشكال.

أي: دون العكس، فلا يجوز إلا على الاحتمال السابق، من حوار ادخال الباب في المرفوعة؛ نظراً الى أن ذلك كان له في ابتداء الوضع وأن به رفع جميع الحدار وقد علمت ضعفه.

قوله: (ولا تجب عليه الإعارة لو استعاره الجار بل تستحب).

خلافاً لبعض العامة (١)

قوله: (وبعده على الأقوى لكن مع الأرض على اشكال).

اختلف في حوار الرجوع في عارية الحدار بعد وضع البناء عليه، فقال الشيخ<sup>(٢)</sup> وإن البراج<sup>(٣)</sup> يسمعها؛ لأن الاذن يقتضي الدوام، واقتضى الى اللزوم كالإذن في الدهر. وهو ضعيف، من الأصل أن للمالك استصرف في ملكه كما كان، ولخافه بالدهن قياس مع عارق، فبأن تحريم البش ثابت هنا اتفاقاً. والأصح أن له الرجوع، وهل يرجع مجاًز أم مع الأرض، وهو نقصان بناء لغيره على الحدار؟ فيه اشكال ينشأ: من أنه إنما اذن له عارية، ومن خواص العارية الرجوع متى أراد، ومن أنه بناء محترم صدر بالاذن، فلا يجوز قلعه إلا بعد ضمان بقائه، ولأن فيه جمعاً بين الحقين، ولأنه سبب الاتفاق لإذنه، والمباشر ضعيف لأنه بالأمر الشرعي، وهو الأصح.

(١) مهم: انشعبي في تقديم ومالك وأحمد، راجع منع العير ٣١٥:١٠، والمخفي لابن قدامة ٣٨٥:٥، والمجموع ٤٠٥:١٣.

(٢) قاله في البسوط ٢: ٢٩٧.

(٣) قال العامي في مفتاح ٤٨٢:٥: (.. وقد حكى ذلك عن القاضي).

ولو اهدم افتقر في تجديد الوضع الى تجديد الإذن.  
ويجوز الصلح على الوضع ابتداءً بشرط عدد الخشب، ووزنه،  
ووقته.  
ولو كان مشتركاً لم يكن لأحدهما التصرف فيه بتسقيف وغيره  
إلا باذن شريكه،

وعنى القول بالأرض مهمل هو عوضه، نقصت الآلات ما هدم أو تفوت  
ما بين العامر والخراب؟ قال في الدروس: كمن يحتمل<sup>(١)</sup>، قلت: الذي لا يخلو من  
قوة؛ لأن وصف العمارة حصل بسعيه وهو مملوك له.  
قوله: (ولو اهدم افتقر في تجديد الوضع الى تجديد الإذن).  
لأن المأذون فيه وهو الوضع قد حصل، فلا يجوز وضع آخر بدون الإذن.  
قوله: (ويجوز الصلح على الوضع ابتداءً بشرط عدد خشب ووزنه  
ووقته).

مرد بقوله: (ابتداءً) قبل وضع، منه د وضع وبني لم يجب، لا تعيين  
المدة؛ لصيرورة الباقي معلوماً، بخلاف ما ادعى من أن الضرر يتفاوت في ذلك  
تفاوتاً عظيماً، ولا ضبط يرجع إليه عند الاتصال، وهذا في الخشب دون الآخر  
واللبن ونحوهما؛ للعادة صرح به في التذكرة<sup>(٢)</sup>.  
ولو كانت الآلات حاضرة امتنع مشهدها عن كل وصف وتعريف،  
وقد صرح به في التذكرة<sup>(٣)</sup> أيضاً.  
قوله: (ولو كان مشتركاً لم يكن لأحدهما التصرف بتسقيف  
وغيره إلا باذن شريكه).  
كغيره من الاموال المشتركة، ويجوز لاستاد به وامناد لمتاع اليه مع

(١) الدروس، ٣٨٢

(٢) التذكرة ٢: ١٨٨.

(٣) المصدر السابق



ولا يجبر أحدهما على الشركة في عمارته لو انهدم.  
ولو هدمه فالأقوى الأرض، وكذا لا يجبر على الشركة في عمارة  
الدولاب والبئر وغيرهما،

انقضاء الضرر؛ لأنه بمنزلة الاستعباء سراج العين، والاستطلال بجداره. ولو مع  
المالك حرم على الأقرب وفقاً لما في التذكرة<sup>(١)</sup>؛ لأنه نوع تصرف بإيجاد الاعتماد  
بخلاف لاستطلال، وحتار في الدروس أنه ليس له المسع إذا كان المجلس  
مباحاً<sup>(٢)</sup>.

قوله: (ولا يجبر أحدهما على الشركة في عمارته لو انهدم).

إد لا يجب على الشخص عمارة جداره المهدم ففي الشركة أولى.

قوله: (ولو هدمه فالأقوى الأرض).

لأن انفصال العائنت ب هدم غير مثلي فيصار إلى العينة وهو الأرض،  
وقال الشيخ: تحب إعادته<sup>(٣)</sup>، وفي الدروس عليه إعادته إن أمكنت المائلة<sup>(٤)</sup>،  
وهو بعيد إذ لا يعد الجدار مثلباً، على أن لأعيان باقية، وربما انعشت صفتها،  
والمائلة في الصفة في غاية الندرة.

قوله: (وكذا لا يجبر على الشركة في عمارة الدولاب والبئر  
وغيرهما).

مثل ما قلناه، وحص بعض العامة هذه بوجوب العمارة والإصلاح على  
الشريك؛ لعدم إمكان القسمة في هذه فيحصل الضرر بخلاف الجدار<sup>(٥)</sup>، والفرق  
مردود.

(١) التذكرة ٢، ١٨٥.

(٢) الدروس: ٣٨٢.

(٣) المبسوط: ٢، ٣٠٣.

(٤) الدروس: ٣٨٢.

(٥) ذهب إليه أبو حنيفة، انظر: لمجموع ١٣، ٤١٦، وفتح العزيز ١٠، ٣٧١.

ولو انفرد بها أحدهما لم يمنع.

فرع: لو أراد أحد الشريكين الإصرار بمصاحبه في الحدر، والقناة، والدولاب ونحوها، فامتنع من العمارة وغيرها من الوجوه التي يمتنع لاستمتاع بدون جميعها، فليس بعيد أن يرفع أمره إلى إلحاحه يحبره لشريك بين عدة أمور: من بيع، واجرة، وموافقة على العمارة، وغير ذلك من الأمور الممكنة في ذلك، عملاً بقوله عليه السلام: «لا صر ولا صرار»<sup>(١)</sup>. ولأن في ترك جميع هذه الأمور إضاعة للزمان وقد هي عنها، ولم اظفرها بتصريح فيسمي أن يلحق.

قوله: (ولو انفرد بها أحدهما لم يمنع).

أي: لو انفرد بالعمارة أحدهما، وحده لا يخلو من أن تكون الإعادة بالآلات المشتركة، أو بما يختص بهلكه المعيد. وعلى كل تقدير إما أن يكون الأساس والهواء الذي يكون فيه الجدر مملوكاً له، أو ليس بالعمارة، وليست الصور كلها سواء في الحكم، فإن الآلات المشتركة كيف يجوز للانفراد بالتصرف فيها بالعمارة من دون إذن المالك، ومال المسد لا يخل إلا عن طيب نفس منه. وكذا القول في الأساس والهواء إذا كان مشتركاً، وإطلاق المصنف يقتضي عدم التوقف على الإذن مع الاشتراك، وحكى في الدروس عن الشيخ<sup>(٢)</sup> منع التوقف على إذن الآخر، ولأصح التوقف لما قلناه، وقواه في الدروس<sup>(٣)</sup>.

نعم لو كانت الأرض موقوفة وقفاً عاماً، لم يتوقف على الإذن بالنسبة إليها، ومتى أعاده بميز إذن بالآلات معه والاساس مشتركة فللاحر لازلة، أو

(١) الكافي ٢٩٢:٥ حديث ٢، العقيه ٤٥:٣ حديث ١٥٤، التهذيب ١٦٤:٧ حديث ٧٢٧، سنن أبي ماجة ٧٨٤:٢ حديث ٢٣٤١، ٢٣٤١، سنن أبي داود ٢٢٧:٤ حديث ٨٣، مسند أحمد ٣١٣:١ و ٣٢٧:٥.

(٢) في «م»: التذكرة.

(٣) المبسوط ٣٠١:٢.

(٤) الدروس: ٣٨٣.

ولا يجبر صاحب السفلى ولا العلو على عمارة الجدار الحامل للعلو.  
ولو طلبا قسمته طولاً أو عرضاً جاز، ولا يجبر أحدهما لو امتنع عن  
القسمة في كل الطول ونصف العرض، وكذا في نصف الطول وكل  
العرض، وتصح القرعة في الثانية دون الأولى، بل يختص كل وجه

بالآلات المشتركة فهو مشترك وإن أتم.

ولو طاب الشريك هدمه أمكن وحبوب الاجابة؛ لأن تصرفه في الآلات  
كان مجموعاً منه، وربما تعلق العرض بها وطلبت قسمتها لذلك<sup>(١)</sup>.

قوله: (ولا يجبر صاحب السفلى ولا العلو على عمارة الجدار الحامل  
للعلو).

إذا كان علو الجدار الواحد وسفليها لغيره، فانهضمت لم يكن لواحد منها  
مطالبة الآخر بالعمارة، أما صاحب العلو فلا ملك غيره ولا يجب عليه عمارة  
ملك غيره، وأما صاحب السفلى فلا يجب عليه عمارة ملكه لأحد الغير.

لكن يجب أن يقيد ذلك بما إذا لم يكن حمل حدار العلو، أو سقفه واجباً  
عليه بعقد لارم، فإن وجب كذلك لرمه الساء، وقد بيه عليه في الدروس<sup>(٢)</sup>. ولو  
طلب صاحب العلو بناء جدران السفلى قال في التحرير: لم يكن لصاحب السفلى  
معه<sup>(٣)</sup>. وظاهر سوق كلامه أن ذلك حيث يكون جدران السفلى لصاحب  
السفلى، ولم يكن حل حدران العلو واجباً، وهو مشكل إذا كان الأساس ملكاً  
لصاحب السفلى، أو مشتركاً كما نبهنا عليه سابقاً.

قوله: (ولو طلبا قسمته طولاً أو عرضاً جاز، ولا يجبر أحدهما لو  
امتنع عن القسمة في كل الطول ونصف العرض، وكذا في نصف الطول  
وكل العرض، وتصح القرعة في الثانية دون الأولى بل يختص كل وجه

(١) في «ق»: كذلك.

(٢) الدروس: ٣٨٣.

(٣) التحرير ٢: ١٣٦.

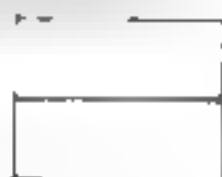
بصاحبه.

بصاحبه).

هذا من أحكام الخدار المشترك ، فهو راجع إلى أول الكلام من قوله :  
(ولو كان مشتركاً) والصير للشريكين المذكورين غير مرة، وما بينهما من أحكام  
الدولاب والشر والعلو والسفل معترض.

وتحقيقه . أنه لو طلب كل من الشريكين في الجدار قسمته طولاً أو عرضاً  
حاز قطعاً؛ لشوب التراضي، فلا أثر لحصول النقص معه لو بشره أو اكتعب<sup>(١)</sup>  
بالعلامة فإن لها هدمه.

ولو طلب أحدهما القسمة وامتنع الآخر فلا يغتلب؛ إما أن يطلب القسمة في  
كل الطول ونصف العرض هكذا



أو في كل العرض ونصف الطول هكذا :



فإن كان المطلوب الأول لم تحب اللاحقة ولم يحز الممتنع قطعاً؛ لأن لو  
أوحينا بقسمة على هذا الحولا غرت بقرعة في الحصيد، لأن الأحذ بغير  
قرعة ولا تراص مناف للقسمة، ولا مثل له في شرع

و قرعة ربما وقعت لأحدهما على شق الذي يلي الآخر، فلا يتمكن من  
الانتماع عما وقع له، ولعدم امكان فصل كل سهم عن الآخر حينئذ؛ لأنه إن  
كتب بعلامة - وهو خط بين السهمين - كما جاء أحدهما على نصيبه موحياً

لتعدي الثقل، والحامل إلى الآخر، وإن كان بالشر نصف الجدار وتناقصت قوته. وإن كان المطلوب كثافي فقد طلق لمصنف عدم الاحبار على لقسمه فيه أيضاً. وفي استدكرة قال: إن انتفى الضرر عنها أو عن الممتنع أحدهما، وإن تضرر الممتنع لم يجبر<sup>(١)</sup>.

ومقتضى كلام المروسي. الاحبار على القسمة في كل العرض ونصف الطول، مع انتهاء الضرر عن الممتنع بمشتر لحدار<sup>(٢)</sup>، فكأنه يرى أن الشر وإن استلزم اتلاف شيء من الحدار لا أنه يوجب؛ لأنه بمنزلة قسمة لشوب الصفيق، وليس بعيد.

إذا عرفت هذا فاعلم أن شيخنا الشهيد أورد في بعض حواشيه، أن القسمة طولاً وعرضاً هي القسمة في كل الطول ونصف العرض، وفي نصف الطول وكل العرض فسلم انتكزار. ثم أحاط باختلاف الحكمين، فإن الأول يعطي الجواز والثاني يعطي عدم الاحبار، فامروى بينهما فرق ما بين العام والخاص.

وعندي أن السور والحوط كلاهما ليس بشيء، فإن معنى العبارة أنها لو طلبا القسمة على واحدة من الصورتين طولاً أو عرضاً فلا بحث في الحوار؛ لأن لها نقض الجدار كله، فكيف قسمته على وجه مخصوص.

ولو طلب أحدهما انقسمت وامتنع الآخر، فإن طلبها في كل الصول ونصف العرض لم يجبر ممتنع قطعاً؛ لضرر بالتميز، وإن طلبها في نصف الطول وكل العرض لم يجبر أيضاً، وإن كان هذا أولى من الأول بالاحبار؛ لانتهاء الضرر المعتقد به، وإمكان القرعة التي هي معيار لقسمتها بخلاف الأول، ولا تكرار في هذا توجه من لوجوه.

(١) التذكرة ٢٠١٨٥.

(٢) المروسي ٣٨٢.

ولو تعاونا على إعادة المشترك ، أو أعاده أحدهما بالآلة المشتركة فهو على الشركة، ولو طلب صاحب العلو عمارة السفلى بنقض صاحبه كان له المنع.

ولو أعاده بآلة من عنده فله ذلك، والمعاد ملكه. ولا يمنع صاحب السفلى من الانتفاع بسفنه، بكن يمنع من فتح كوة، أو ضرب وتد.

ولو انفرد أحد الشريكين بالانفاق على البئر والقناة لم يكن له

وأشار المصنف الى أولوية الصورة الثانية بالإجبار بقوله: (وكذا في نصف الطول وكل العرض) فان المشية به أقوى من المشية، وبصححة القرعة فيها دون الأولى.

قوله: (ولو طلب صاحب العلو عمارة السفلى بنقض صاحبه كان له المنع).

النقض بالكسر: المنقوض ذكره في الصحاح<sup>(١)</sup> وهي آلات البناء.

قوله: (ولو أعاده مائة من عنده فله ذلك).

ليس على إطلاقه، بل هو مقيد بما اذا لم يكن لأساس للآخر ولا مشتركا بينهما، وإلا لم يجز بدون الإذن.

قوله: (ولا يمنع صاحب أسفل من الانتفاع بسفله، لكن يمنع من فتح كوة أو ضرب وتد).

الوتد بالكسر: واحد الأوتاد، وبالفتح لعة، و علم أنه يمنع من التصرف المضعف لسعدار الحامل للعلو لأنه اصرر بصاحب العلو في أمر مستحق له.

منع الآخر من الانتفاع بالماء، ولا يجب على مستحق إجراء الماء في ملك غيره مشاركة المالك في عمارة سقف المجرى وإن خرب من الماء، ولا على المالك إصلاح القناة لو خربت بغير سبه.

ويجوز لصاحب العمود الجلوس على السقف الحائل بينه وبين السفلى وإن كان مشتركاً، ووضع ما جرت العادة بوضعه للضرورة. ولصاحب السفلى الاستئذان، وتعليق ما لا يتأثر به السفلى المشترك كالثوب، أما ضرب الوتد في السقف فلا.

قوله: (ولا يجب على مستحق إجراء الماء في ملك غيره مشاركة المالك في عمارة سقف المجرى وإن خرب من الماء). فإنه لا يجب عليه (أن يسقف المجرى، فلا يجب عليه) (١) عمارته لو خرب بأي سبب كان.

قوله: (ولا على المالك صلاح القناة لو خرب بغير سبه).

لأن استحقاق الإجراء لا يقتضي استحقاق عمارة المجرى.

قوله: (ويجوز لصاحب علو الجلوس على السقف الحائل بينه وبين السفلى وإن كان مشتركاً، ووضع ما جرت العادة بوضعه للضرورة).

إما جار الجلوس، ووضع ما جرت لعادة بوضعه من آلات المنزل ونحوها للضرورة، فإن الساكن في مكان مضطرب إلى ذلك لا بد له منه، أما ما لم تجر العادة بوضعه فلا يجوز إذا كان مشتركاً قطعاً، ولو اختص به فله التصرف في ملكه كيف شاء.

قوله: (ولصاحب السفلى الاستئذان، وتعليق ما لا يتأثر به السقف المشترك كالثوب، أما ضرب الوتد في السقف فلا).

اختار المصنف في لائحة مع تعليق صاحب السفلى الأمتعة في السقف،

## فروع :

أ: اذا استحق وضع حشبة على حائط فسقطت، أو وقع الحائط استحق بعد عوده الوضع، بخلاف الاعارة. ووخيف على الحائط لسقوط في جواز الإبقاء نظر.

ب: لو وجد بناءه، أو خشبه، أو مجرى مائه في ملك غيره، ولم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول مالك الأرض والجدار في عدم الاستحقاق.

مما يتأثر به أولاً كالثوب ومحوه<sup>(١)</sup>. ومختاره هنا قرب؛ لخريان لعادة بدلت، نعم لا يجوز محو صرب الوند قطعاً.

قوله: (اذا استحق وضع حشبة على حائط فسقطت، أو وقع الحائط استحق بعد عوده الوضع، بخلاف إعارة).

و يفرق أن الاعارة يد في الوضع فلا يقتضي التكرار لم يصرح به، وبعد نقضاء المأذون فيه لا يبقى مستحق، أما إذا كان الوضع مستحقاً بعد لازم إلى أمد معين فانه يقتضي استحقاق الإعادة؛ للقطع بهاء لاستحقاق بعد السقوط.

قوله: (ووخيف على الحائط السقوط في جواز الإبقاء نظر).

يشأ: من أن به حق الإهراء فينصح، ومن أنه صرر مني، ويصقف بأن الإزالة صرر أيضاً، والصرر لا يراد بالصرر وهو الأصح ولا فرق في ذلك بين استحقاق بوضع والاعادة، ما لم يدل الأرض في الاعادة فتحب الإزالة حينئذ.

قوله: (لو وجد بناءه، أو خشبه، أو مجرى مائه في ملك غيره ولم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول مالك لأرض والجدار في عدم الاستحقاق).



ج: لا يجوز بيع حق اهواء، ولا مسيل الماء، ولا الاستطراق.

### الفصل الثالث: في التنازع:

لو صالح المنشيث المصدق لأحد المدعين بسبب يوجب التشريك كالإرث على شيء شاركه الآخر إن كان بإذنه، والأصح في الربع ولا شركة.

أي: لو وحد واحد ساءه، أو خشه، أو مجرى مائه كدولابه، ونحو ذلك في ملك غيره، ولم يعلم سببه كأن يستقل إليه بالإرث، فهل يكون ذلك مقتضياً للاستحقاق، بحيث لا يجوز لهماك منعم من إبقاء، ولا من الإعادة لوانهدم أو لا يكون له ذلك؟ الأقرب الثاني تمسكاً بأصله عدم الاستحقاق في ملك الغير ولأن اليد تقتضي الاحتصاص بالانتفاع، ووضع أعم من الاستحقاق.

وعادة ما في الباب أن يكون محققاً وهو أعم من العارية التي يجوز الرجوع فيها، وحالف الشيخ في ذلك نظراً إلى أن لظاهر أن ذلك وضع محقق، فلا يعمه صاحب الملك من الإبقاء إلا إذا ثبت ذلك<sup>(١)</sup>، وقول الشيخ ضعيف.

واعلم أن عبارة المصنف لا تخلو من مناقشة؛ لأن من لا يعلم سبب كون سائه في ملك لغير مثلاً، مادام لا يعلم الاستحقاق فلا يدعيه، فلا يتصور منه التمسك عليه ليكون قول المالك بمسببه مقبلاً.

وقد كان الأولى أن يقول: لو اختلفا في الاستحقاق وعدمه، فيما إذا كان تناؤه في ملك الغير فالأقرب أن يمين على المالك مع عدم اليقين؛ لأنه المنكر.

قوله: (لا يجوز بيع حق هواء، ولا مسيل الماء، ولا الاستطراق).

لأنه ليس شيء من ذلك عيناً، لكن يجوز الصبح على ذلك بشرط التعيين.

قوله: (لو صالح المنشيث المصدق لأحد المدعين، بسبب يوجب التشريك كالإرث على شيء شاركه الآخر إن كان بإذنه، والأصح في

ولو تعبير السبب صح الصلح في حصته أجمع ولا شركة،

الرابع ولا شركة).

أي: لو صلح المثبت وهو صاحب اليد، وقد ادعى عليه مدعان بأن العين المملوكة مثلاً ملك لهما، بسبب يقتضي تشريك بينهما في الملك كالإرث، كأمين يدعيان على زيد بأن الدار التي في يده ملك لهما بالإرث من أبيهما، فصدق أحدهما وكذب الآخر، فتحقق باقراره عدم ملكه لنصف الدار والاسان متفقان على أن النصف كالكل مملوك لهما بالإرث، فيمتنع استحقاق أحدهما النصف من دون الآخر.

بل كما ثبت أنه مخلف عن أبيهما، فهو مشترك فيهما إلى أن يعلم السبب الماقل، وقد ثبت باقرار الابن أن النصف مخلف عن أبيه، فامتنع انفراذه بملكه، فكون مشتركاً بينهما، والتالف بانكار التثبيت بينهما. فان قيل: إما أقر التثبيت باستحقاق واحد خاصة فلا يستحق الآخر شيئاً.

قلنا: الاستحقاق إنما ثبت من جهة أن سبب الملك مقتضى للتشريك، ولا فرق بين أن يقولوا: ورثاها (وقبضناها) <sup>(١)</sup> ثم غصبها منا، وعدمه كما نص عليه في التذكرة <sup>(٢)</sup>؛ لأن سبب التشريك موجود، فإذا صلح التثبيت المقر له - والحالة هذه - عن النصف المقر له، فما أن يكون باذن شريكه أولاً.

فإن كان بالاذن صح الصلح واشتركا في العوض؛ لأنه عوض مالهما المشترك، والأصح في الربع خاصة، وفي الربع الآخر على ملك الابن الآخر إن لم يُجز الصنع.

قوله: (ولو تغاير السبب صح الصلح في حصته أجمع ولا شركة).

المراد بتغاير السبب: أن يكون سبب ملك كل منهما غير سبب ملك

(١) لم ترد في «ق».

(٢) التذكرة ١٨٩: ٢

الآخر، فلا يكون السبب مقتضياً لتشريك، بل الشركة بسبب آخر وهو الشيوع، كأن يكون أحدهما مستحقاً للنصف بالإرث، والآخر بالشراء مثلاً، فإن الإقرار لأحدهما لا يقتضي مشاركة الآخر أباه.

وهل يكون شراؤهما معاً، واتباعها، وقصصهما معاً إذا قر به المصدق من المدعين كالإرث، أم يلحق بالسبب المعدلين؟ الأقرب عند المصنف في التذكرة الأول؛ لا عترف المقر بأن السبب امتنعي لتمنكه مقتضى لتمامك الآخر<sup>(١)</sup>.

ويحتمل ضعيفاً العدم؛ لأن البيع لاثني عملة الصفقتين

ولقائل أن يقول: لا فرق بين تغاير السبب، وكونه مقتضياً لتشريك في عدم الشركة؛ لأن الصلح إنما هو على استحقاق المقر له، وهو أمر كلي يكر بقره عن مالكه إلى آخر. ولهذا لو باع أحد الورثة حصته من الإرث صح، ولم يتوقف على رضى الباقيين.

فإن احبب بأن الإنكار لاستحقاق الآخر صير النصف كالتألف، فيجب أن يكون منها لامتناع تلف حصة أحدهما دون الآخر.

قلنا: فإذا تغاير السبب يجب أن يكون كذلك مع عتراض المقر له بالشركة، وقد سبق في بيع - في ادعاء: النصف لك والنصف للآخر ولشريكي - ما ينافي إطلاق ما هـ، حيث أنه حكم بالتشريك بينهما في الحاصل والتألف.

وفي أحكام التبع في ارهن تردد في التشريك وعدمه، وبه شيخنا الشهيد على ذلك في حاشيته على كتاب، والذي يقتضيه لظن أن الحكم في مسألة الإرث قبل قبض ورثتي صحيح؛ لأن الحاصل من الشركة قبل القبض هو المحسوب شركة بالنسبة إلى الورثة، وتألف لا يحسب عليهم وكأنه لم يكن.

وامتناع الوصول به كمنعه في هذا الحكم، والظاهر أنه لا خلاف في

ويعطى مدعي الدرهمين أحدهما ونصف الآخر ، ومدعي أحدهما الباقي مع التشبث.

دلت، أم بعد القيص واستقرار الملك لهم و مصاع كل من لورثة عن حق لورثة الى آخر.

ولادليل على احاق تعدد لوصول و (حق) <sup>(١)</sup> بعضهم بالانكار مع عدم لسياسة، ونحوه نصف البعض في هذا الحكم والأصل، وعدم، فسبي لتوقف فيه فيلاحظ الحكم المذكور في البيع.

و لو كان المشترك دياً فاقتر بعض و سكر بعضاً في التركة قبل القيص لاحت، وبعد يقص وعبر التركة من أقسام تركه فيه الخلاف لمشهور من أن الحاصل هما والتالف عليهما، وعدم.

فوله: (ويعطى مدعي الدرهمين أحدهما ونصف الآخر، ومدعي أحدهما الباقي مع التشبث).

دا كان في يد شخصين درهمان فادعاهما أحدهما، وادعى الآخر واحداً منها أعطى مدعيها معاً درهما ؛ لعدم مبارعة الآخر فيه ، وينسأويان في الدرهم الآخر ، لأن كل واحد منها صاحب يد ودعوى لجميعه فيقسم بينهما ؛ لرواية عبدالله بن المعيرة، عن غير واحد من أصحابنا، عن الصادق عليه السلام <sup>(٢)</sup>.

فن في تذكرة: والأقرب أنه لا بد من ايمين، فيحلف كل منهما على استحقاق نصف الآخر، الذي تصادمت دعواهما فيه وهو ما في يده، فن بكل منهما قصي به بالآخر، ولو بكلهما معاً أو حلف معاً قسم بينهما نصين <sup>(٣)</sup>

وما قر به جيد لعموم. «و يمين على من انكر» <sup>(٤)</sup>، ومتى بكل أحدهم

(١) لم ترد في «م».

(٢) الفقه ٣ ٢٢ حديث ٥٩، التهذيب ٢٠٨: ٦ حديث ١٨١

(٣) التذكرة ١٩٥: ٢

(٤) من أبي ١٠ ٢٥٢ اختلاف الحديث شامي ٩٦

وكذا لو استودع من اثنين ثلاثة، ثم تلف واحد من غير تفريط واشتبه، بخلاف ممتزج الأجزاء.

ردت اليقين على الآخر؛ لأننا لانقضي بالنكول.

واعلم أن قول المصنف: (مع التثبت) تشبيها بأن تكون اليد لها معاً، قال في الدروس: ويشكر إذا ادعى الثاني النصف مشاعاً، فإنه يقوي القسمة نصفين ويحلف الثاني للاول، وكذا في كل مشاع<sup>(١)</sup>. وما قاله متحججاً، وانكر في الدروس ذكر الأصحاب يمين<sup>(٢)</sup>، وقد نقننا عن التذكرة<sup>(٣)</sup> خلافه.

قوله: (وكذا لو استودع من اثنين ثلاثة ثم تلف واحد من غير تفريط واشتبه، بخلاف ممتزج الأجزاء).

أي: وكذا الحكم لو استودع شخص من رجل دينارين مثلاً ومن آخر ديناراً، ثم مترحاً إما تخبر تفريط به أو ياذن المالكين، ثم تلف واحد بغير تفريط، وإنما اعتبرنا عدم التفريط؛ لأنه مع التفريط يصير التالف فلا حاجة إلى القسمة. فأما مع عدمه؛ فإلا لا يصح عليه، وحينئذ فيدفع إلى صاحب الدينارين ديناراً؛ لأن الآخر معترف له به، ويبقى الدينار الآخر فيقسم بينهما نصفين، لرواية السكوني عن الصادق عليه السلام، عن آثانه عليهم السلام: بالأمر باعطاء صاحب الدينارين ديناراً ونصفاً وللآخر ما بقي<sup>(٤)</sup>.

واطلاق الرواية يقتضي دفع ذلك وإن لم تنصدم دعواهما في الدينارين فلذلك لم يحكم باليمين، ولم يذكر المصنف في التذكرة هنا يميناً<sup>(٥)</sup>.

وفي الدروس قال: إن الأصحاب لم يدكروا يميناً هنا، وفي التي قبلها، وذكروها في باب الصبح، فحائز أن يكون ذلك الصبح قهرياً وجائزاً أن يكون

(١) الدروس: ٣٧٩.

(٢) الدروس: ٣٨٠.

(٣) التذكرة ٢: ١٩٥.

(٤) (١) الفقيه ٣: ٢٣، حديث ٦٣، التهذيب ٦: ٢٠٨، حديث ٤٨٣.

(٥) التذكرة ٢: ١٩٥.

وبياع الثوبان مع الاشتباه معاً، إن لم يمكن الانفراد، ويقسّط الثمن على القيمتين مع التعسر، فإن يباع منفردين، فإن تساويا في الثمن فنكل مثل صاحبه، وإن تفاوتنا فالأقل لصاحبه.

احتبارياً، وإن امتنع فاليمين<sup>(١)</sup>.

قيل: ظاهر الروية، وكلام الأصحاب أن ذلك قهري، وأنه بغير يمين، من ربما تشعبت يمين دا صرح كل واحد بعدم العلم بيمين حقه، قال: ولو قيل بالقرعة أمكن<sup>(٢)</sup>.

وم ذكره متعه، إلا أن الخروج عن عيه إكم الأصحاب بعيد. وهذا كنه في غير مخرج الأخرى، وهو متساوية كالحظية والشعير فانها لو امتزجا مزجاً يرفع الامتنان وكان أحدهما قهرياً والآخر قهرياً، ثم تلف قهرياً فان التالف على نسبة المالين.

وكذا قال، فيكون لصاحب الصغيرين قهري وثلاث، وللآخر ثلثا قهري، فإن الفرص أن عين أحد الديارين لاحق لصاحب دينار فيه.

قوله: (وبياع الثوبان مع الاشتباه معاً إن لم يمكن الانفراد، ويبسط الثمن على القيمتين مع التعسر) وبيع منفردين وإن تساويا في الثمن فكل مثل صاحبه، وإن تفاوتت فالأقل لصاحبه).

روى اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام أنه قال في ثوبين أحدهما عشرين و الآخر ثلاثين فاشتبه: «يبيعان فيعطى صاحب ثلاثين ثلاثة أحماس لثنى، و الآخر حسي لثنى، وإن حتر أحدهما صاحبه فقد أنصفه»<sup>(٣)</sup> وعمل بمضمونها أكثر الأصحاب.

(١) الدرر، ٣٨٠.

(٢) المصدر السابق.

(٣) الفقيه ٢٣: ٢ حديث ٦٢، التهذيب ٢٠٨: ٦ حديث ٤٨٢.

ولو كان عوض الصبح سقي الزرع، أو الشجر بمائه فالأقرب اجواز مع الضبط، كما في بيع الماء. وكذا لو صالحه على إجراء الماء الى سطحه أو ساحته صبح، بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه.

وقال ابن ادریس بالقرعة<sup>(١)</sup>، ورده المصنف، وحكم بأن الثوبين إن لم يمكن افرادهما بان يباع كل واحد وحده؛ لعدم لراغب في واحد، وتعاثر مالكيهما بأن لم يتساعما فيجبر احدهما صاحبه (يباعان ثم يبسط اثمن على القيمتين وإن أمكن بيعا منفردين. ثم إن تساويهما في الثمن فلكل مثل صاحبه)<sup>(٢)</sup> وهو واضح، وإن تفاوتتا فالأقل لصاحب الأقل قيمة عملاً بالظاهر وإن أمكن خلافه؛ لأنه رد ولا أثر للشادر في الشرع.

وشيخنا في الدرر بعد أن حكى مختار المصنف أنه متى أمكن بيعها منفردين امتنع الاجتماع. قال. الرواية مطبقة في البيع، ويؤيدها أن الاشياء مظنة تساوي القيمتين<sup>(٣)</sup>.

قلت: فعل هذا يكون مورد الرواية ما إذا تساوت القيمتان، فيبقى ما إذا تفاوتتا خالياً عن النص، فيجب العمل فيه بما ذكره المصنف إذا لا راد له. وقول ابن ادریس بالقرعة وإن كان له وجه، إلا أن مخالفته النص وكلام الأصحاب مشكل.

فإن قلت: الرواية حكاية حال؛ لأنها حكم في واقعة.

قلت: الظاهر خلافه لعمل الأصحاب بمضمونها.

قوله: (ولو كان عوض الصبح سقي الزرع أو الشجر بمائه فالأقرب اجواز مع الضبط كما في بيع الماء).

وجه اقرب أنه مال مملوك يقصد بقره فحار جعله عوضاً للصبح، وحكى

(١) السرائر: ١٧١

(٢) ما بين المومنين م يرد في «م».

(٣) الدرر: ٣٧٩

ويصح جعل الخدمة المضبوطة بالعمى أو الزمان عوضاً، فإن اعتقه صح، وفي رجوع العبد اشكال، يشأ: من أن اعتاقه لم يصادف الملك سوى الرقبة، فلا يؤثر لا فيه، كما وأوصى لرجل برقبته ولآخر بخدمته، فاعتق الأول، ومن اقتضاء العتق روال منك عن الرقبة والمنفعة، وقد حان بين العبد والمنفعة، حيث لم تحصل المنفعة للعبد.

السارح قولاً بالبيع؛ لأنه فرع لبيع ولا يصح بيع م،<sup>(١)</sup> والمقدمتان مجموعتان. قوله: (ويصح جعل الخدمة المضبوطة بالعمى أو الزمان عوضاً، فإن اعتقه صح، وفي رجوع العبد اشكال يشأ: من أن اعتاقه لم يصادف الملك سوى الرقبة، فلا يؤثر إلا فيه، كما وأوصى لرجل برقبته ولآخر بخدمته، فاعتق الأول، ومن اقتضاء العتق روال الملك عن الرقبة والمنفعة، وقد حان بين العبد والمنفعة حيث لم تحصل المنفعة للعبد).

أي. يصح الصلح عن شيء مملوك على خدمة العبد، بشرط صحتها بالعمل كعمارة سب معين، أو بالزمان كسنة، ووجه الصحة ظاهر، لكن إذا عتق العبد في رجوعه على السيد (بمعنى هذه المنفعة)<sup>(٢)</sup> اشكال يشأ: من أن اعتاقه لم يصادف في الملك سوى الرقبة فلا يؤثر إلا في ملكها ويرينه.

ومثله ما لو أوصى مالك العبد لشخص برقبة العبد، ولآخر بخدمته، فاعتقه أوصى به بالرقة، فانه لا يرجع على تركة الموصي بمعوض الخدمة قطعاً لمثل ما قلناه.

ومن أن لعتق يقتضي رول الملك عن الرقبة والمنفعة فتصير مملوكة للعبد، وقد حل سه وبينها حيث جعلها عوضاً في عقد يصح فينتقل إلى لادن. ويصغف بأن لعتق يرين منك عن الرقبة، والمنفعة التي لم يسبق

(١) يصاح لفوائد ٢ ١٠٩

(٢) ما بين موسى لم يرد في «م»



والراكب أولى من قابض اللحام على رأي، وذو الحمل على الدابة أولى من غيره،

استحقاقها على العتق، أما التي سق استحقاقها فإن العتق لم يصادفها في مسك المعتق فكيف يزيل الملك عنها، والأصح الأول.

قوله: (والراكب أولى من قابض اللحام على رأي).

أي: هو احتلف قابض لحم الدابة وراكب في ملكه، فراكب أولى على قول الشيخ في المبسوط وب حداد يحمله بينها نص<sup>(١)</sup>، وحتاره نعم الدين<sup>(٢)</sup>، واحتار في خلاف كونها بينها<sup>(٣)</sup>، وهو محذور اس ادريس<sup>(٤)</sup>.

وفي شرح الارشاد: لا شك أن كلاً منها مدع بتصرف المدعي ومكر أيضاً لها، ولكل يدرك أن يد الراكب تصاد إلى تصرفه، وب ثب أن التصرف له مدخل في الرجحان كصح<sup>(٥)</sup>.

أما الترحيح لقوة اليد فلا أثر له؛ لأن قوة سلطان اليد لم تؤثر في ثوب يد أحد المدعين أكثره، وما ذكره حق، والأصح أنها بينهما، لكن بعد أن يحلف كل لصاحبه إذا لم تكن بينة، كما ذكره في التذكرة قل فيها: إنه بعد تمكن صاحب الدابة غيره من ركوبها ويمكن أخذ اللجام<sup>(٥)</sup>.

قلت: ما ذكره ليس بواضح؛ لأن لركوب واللجام بيد المالك أمر سهل واقع كثيراً، نعم لو احتلف لابس الثوب وقبضه بقوة جانب اللابس اطهر؛ لأن الظاهر أنه لا يتمكن من لبسه إلا وهو غالب فاهر مستقل باليد، وهذا الذي سبق حكم الدابة، أما اللحام فمن في يده وكذا لسرج للراكب.

قوله: (وذو الحمل على الدابة أولى من غيره).

(١) المبسوط ٢: ٢٩٦-٢٩٧.

(٢) شرائع الاسلام ٢: ١٢٦ وقال مع يمينه.

(٣) الخلاف ٢: ٧٥ مسألة ٥ كتاب الصلح

(٤) السرائر: ١٧

(٥) التذكرة ٢: ١٩٦.

ويتساويان في الثوب في أيديهما وإن كان في يد أحدهما أكثر، وفي العبد وإن كان لأحدهما عليه ثياب والأسفل أولى من مدعي الغرفة بسبب فتح الباب إليه، ومع التصرف اشكال.

لأن حمل حمل على الدانة يستدعي كمال لاستيلاء، ويظهر من الدروس مساواة بينه وبين ركب الدنة مع انقضاء بالجمام ولا يس اشوب مع ممسكه<sup>(١)</sup>، وليس كذلك.

قوله: (ويتساويان في الثوب في أيديهما وإن كان في يد أحدهما أكثر).



لثوب أصل اليد.

قوله: (وفي العبد وإن كان لأحدهما عليه ثياب).

أد كان في أيديهما، لأن كون ثياب أحدهما عليه لا يدخل له في السلطنة، إذ قد لمسها بغير دن، أو بمجرد القون، أو عارية ومحو دلث.

قوله: (والأسفل أولى من مدعي الغرفة بسبب فتح الباب إليه).

لو سارع صاحب البيت الذي يعرفه إليه، وأخار الذي باب معرفة مفتوح الله في معرفة فصاحب البيت أولى؛ لأن المعرفة واقعة في ملكه، فمن هواء بته مملوك له، لأن من منك اقرار منك اهواء اتفاقاً.

قوله: (ومع التصرف اشكال).

يشأ: من التصرف يقتضي سيده، وثبت اليد في هواء باعتبار تبعته لملكه، وللتوقف محال، وليس بغيره أن يفسد إن المتصرف دويد حقيقة، وصاحب أسفل لا بد له إلا أن يده به هي رتبعية تستد على القرار، وبتعبه لصعقها إنما تثبت مع عدم ثبوت يد أخرى، وقد ثبت يد أخرى وتصرف بالفعل لم يكن هناك يد بالتعب، وهذا لا يخلو من هو.

ولو صالح اجنبي عن المنكر صح، فإن كان عن دين بإذنه كان  
توكيلاً، والآ تبرعاً في القضاء. وإن كان عن عين بإذنه فكلاً أولاً، وبغير  
إذنه افتداءً للمنكر من الخصومة وإبراءً له من الدعوى، ويرجع بما أداه  
إن صالح بإذنه.

ولو صالح الأجنبي للمدعي لنفسه لتكون المطالبة له صح، ديناً  
كانت الدعوى أو عيناً.

قوله: (وبغير إذنه افتداءً للمنكر من الخصومة، وإبراءً له من  
الدعوى).

هما واحد في المعنى، فإن افتداءً بالمصالح من الخصومة يقتضي إبراءً له من  
الدعوى.

قوله: (ويرجع بما أداه إن صالح بإذنه).

مفهومه أنه لو صالح بغير إذنه لا يرجع وإن أدى بالاذن، وفي المبسوط: أنه  
يرجع إن أدى المال بالاذن، سواء صالح بدنه أم لا<sup>(١)</sup>. وفيه نظر، فإنه إذا صالح  
بغير إذن صار المال في ذمة المصالح ورئى من عبه الحق، فكيف يرجع عليه  
شيء إذا أدى بالاذن.

قوله: (ولو صالح الأجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له صح،  
ديناً كانت الدعوى أو عيناً).

د صح الأجنبي المدعي على م يستحقه في ذمة المدعي عليه لنفسه صح  
الصالح، وتكون المطالبة له، لأن الحق يتفرح حسده إليه.

ولا فرق بين أن تكون دعوى ديناً أو عساً، ويسفي أن يقال: لا يجوز  
الحال من أن يكون المدعي عبه مقرأً أو منكراً، ثم المصالح إما أن يكون عبلاً  
بشوت الحق في ذمة المدعي عبه أولاً، وإن كان المدعي عبه مقرأً فلا بحث في

صحة صلح لأجنبي لنفسه على كل حال.

ثم إن تمكّن من انتزاع ما صلح عليه فلاحث، ولا فقد اطلق في الدروس أنه له الفسخ لعدم سلامة العوض<sup>(١)</sup>، وفي التحرير اطلق لقول بصحة الصلح اذا كانت الدعوى ديناً والغريم معترف<sup>(٢)</sup> وحكي عن الشيخ القول بثبوت الفسخ لو كانت عيماً والغريم معترف<sup>(٣)</sup>، ولم يصرح بشيء.

ويحتمل عدم ثبوت الفسخ في واحد من الموضعين؛ لأن الصلح عقد مستقل بنفسه، وليس منبأ على المكابسة والخفافة، ولهذا يصح مع الجهالة، وعلى ما لا يبعد مالا، فيحب التمسك بمعموم (أو هو يعقود) في أن يدل دليل على خلافه.

ولعل الشيخ في الفسخ على القول بأن الصلح فرع البيع وإن لم يكن المصلح عالماً بثبوت الحق في دمة الدعوى عليه وهو مكر، فقد مال في التحرير إلى عدم حواز الصلح<sup>(٤)</sup>، وحواره في الدروس<sup>(٥)</sup>، وظهر أنه اذا لم يمكن من اثبات الحق عليه يفسخ.

وفي لتذكرة صرح بأن حواز مدعوى من المصلح مشروط بعلم صدق المدعي المصلح، فان لم يعلم لم يجر له دعوى شيء لا يعلم ثبوته<sup>(٦)</sup>.

ولقائل أن يقول: اشتراط لدعوى معمم الاستحقاق غير واضح، فان الوارث يدعي بخط مورثه، والوكيل يدعي عن موكله، وقد لا يعلمان لاستحقاق. وكذا لموكل قد يدعي بخط وكيله، وبحوذلك فيدعي عليه أن مالريد

(١) لدروس ٣٧٧.

(٢) تحرير الأحكام ٢٢٩: ١.

(٣) ليسوط ٢: ٢٩١.

(٤) تحرير الأحكام ٢٢٩: ١.

(٥) الدروس: ٣٧٧.

(٦) التذكرة ٢: ١٩٢.

ولو خرجت أغصان جدار إليه فله قطعها من حد منك إن لم يمكن العطف وإن لم يأذن الحاكم،

عنده صار مستحقاً له بالصلح، وبطنت منه اليقين مع الإسكرو وعدم اليقينة، ولا يصر عدم مكان الرد، أو انقضاء دلوك كما في الوارث، وانعم على النطق، وكذا لئلا أن يقول، م لا يجوز الصلح عن استحقاق بدعوى فقد و ذلك حق، ويجوز الصلح عن كس حق، لكن يرد عليه حسنه أنه لو ثبت الحق (امتنع أخذه لعدم حرمان الصلح بغيره).

ويجاب بأن الصلح لو جرى عن أصل الاستحقاق و ليس به الحق) أخذه وإلا كان له استحقاق بدعوى و صلح به، والحقبة تقوم مقام الداعي، ولا بعد في ذلك، ويعتبر في الصلح ما لا يعتبر في غيره.

قوله: (ولو خرجت أغصان جدار إليه فله قطعها من حد منك إن لم يمكن العطف، وإن لم يأذن الحاكم).

أما أن لا ذلك؛ لأن شعبها منك بغير حق فله تهريب منك منها، كما و دخلت هبة دره، ولا موجب لتوقف عن ادن الحركه، و ادالة العدوان عن ماله أمر حائر مع التمكن، لكن هل يتوقف حوار الإرادة على مطلوبة المالك و امتناعه؟ يظهر من عبارة التذكرة ذلك<sup>(١)</sup>.

وفي الدروس: أنه يأمر صاحبها بقطعها، وإن امتنع قطعها هو<sup>(٢)</sup>. واصلق في التحرير ثبوت الإزالة له<sup>(٣)</sup>، وهو أصهر لأن إرادة العدوان عليه أمر ثابت له وتوقفه على ادن الغير صريح.

ولو توقف على ادن المالك لكن إذا امتنع يتوقف على ادن الحاكم،

(١) ما بين لقوسين ماقط من «»

(٢) التذكرة ١٨٩١٢.

(٣) الدروس ٣٨٤

(٤) تحرير الأحكام ٢ ١٣٦

فإن صالحه على الإبقاء على الجدار صرح مع تقدير الزيادة، أو انتهائها،  
والمدة، وكذا على الإبقاء في الهواء على الأقوى.  
وكذا لبحث في العروق الممتدة، والحائط المائل إلى هواء غيره،  
والخشبة الواقعة على ملث غيره.

ولا يسوع به لتصرف في مال الغير بغير دية، و من يقوم مقامه مع تمكن.  
وهل يجب على الخار الإزالة بوطاله دوا الهواء؟ فظاهر أن ذكره لعدم،  
حيث حكم بأنه لا يجوز إذ امتنع لأنه من غير قطع، وحصل الأحبار حتملاً<sup>(١)</sup>.  
وصرح في تحرير الوحوب ومع الامتناع بالأحبار<sup>(٢)</sup>، ثم هو المختار.  
ومثله ما لو مدل حدار الحار أو شرب عروق شجرته كما ساق، و هو  
قطعها مع مكاب العطف صحت أو محض يضمن خالصة أجرة هواء الغير لو قصت  
مدته طويلاً<sup>(٣)</sup> لانسبه في لصمان مع مريضه، والله في الدروس<sup>(٤)</sup>، وليس به نهاد  
الدار بحث لا غصان لتحترق بل القطع  
قوله: (فإن صالحه على الإبقاء على الجدار صرح مع تقدير الزيادة  
أو انتهائها والمدة).

انتهاء الريادة بما هو محسب ظن أهل الحرة، فإن رادت على خلاف  
الظن فله في الزيادة ما ذكرناه.

قوله: (وكذا على الإبقاء في الهواء على الأقوى).

أي: وكذا يصح الصلح على الإبقاء على الهواء، كما يصح على الإبقاء  
على الجدار، وسمع الشيخ من ذلك معللاً بأنه بيع للهواء من غير قرار<sup>(١)</sup>، وهو  
ضعيف لأن الصلح عقد مستقل بنفسه.

(١) التذكرة ١٨٩٠٢.

(٢) تحرير الأحكام ١٣٦: ٢.

(٣) الدروس: ٣٨٤.

(٤) المبسوط ٣٠٣: ٢.

ويصح الصلح عن المجهول، ديناً كان أو عيناً إذا لم يمكن معرفته، كما لو طحن قفيز حنطة وشعير ممتزجين، ولو علم أحدهما لم يصح إلا أن يعلم صاحبه.

ويصح الصلح عن كل ما يصح أخذ العوض عنه وإن لم يجر بيعه، كدم العمدة، وسكنى الدار. ولو صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقاً أو حرّاً فالأقرب الرجوع بالقصاص.

قوله: (ويصح الصلح عن المجهول، ديناً كان أو عيناً، إذا لم يمكن معرفته، كما لو طحن قفيز حنطة وشعير ممتزجين).

أد كان مالك كحل من الحنطة والشعير غير مالك الآخر فامتنع وطحن، سواء كان قدر كل منهما معلوماً أم لا، يصح الصلح لواحد من المالكين مع الآخر مع الجهالة، سواء جهالة القدر وجهالة العين.

و علم أنه لا أثر جهالة العين أصلاً، فإنه يجوز بيع المشاع إذا كان معلوم القدر وإن كان خليطه أعلى ومن غير الخس، وإذا حاز البيع فالصلح أولى، أما مع جهالة القدر فإن البيع لا يجوز ويجوز الصلح.

قوله: (ولو علم أحدهما لم يصح إلا أن يعلم صاحبه).

أي: لو علم أحدهما فقط لم يصح؛ لأن في الصلح حينئذ حذعاً، ولرواية علي بن حمزة السالفة<sup>(١)</sup>، فلا بد أن يعلم صاحبه ولو رضى بالصلح كائناً ما كان، قليلاً كان المصالح عليه أو كثيراً حاز.

قوله: (ويصح الصلح عن كل ما يصح أخذ العوض عنه وإن لم يجر بيعه كدم العمدة، وسكنى الدار).

ومنه الصلح عن عيب المبيع، سواء قل العوض أو كثر.

قوله: (ولو صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقاً، أو حرّاً

ولو صالح عن القصاص بحر يعلمان حريته، أو بعد يعلمان استحقاقه في بطلان استحقاق القصاص، ووجوب الانتقال الى الدية نظر.

ولا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه، كالصلح مع امرأة لتقر له بالزوجة، أو مع شاهد يمتنع من إقامة الشهادة، أو عن حد القذف.

فالأقرب الرجوع بالقصاص).

لأنه عقد باطل، فلا يترتب عليه سقوط القصاص، لأن سقوطه حينئذ اثر العقد الصحيح، والباطل لا يترتب عليه أثره. ويحتمل صعباً الانتقال الى القيمة، لتضمن الصلح إسقاط القصاص كلياً، فلا يعود القصاص بتعذره من ينتقل الى قيمته. ويحتمل الرجوع الى الدية، لأن المقدر بالتراضي قد فاق ويرجع الى المقدر الشرعي، وما قرره هو المختار.

قوله: (ولو صالح عن القصاص بحر يعلمان حريته، أو بعد يعلمان استحقاقه، في بطلان استحقاق القصاص ووجوب الانتقال الى الدية نظر).

يحتمل نفاء استحقاق القصاص؛ لأن نصلح باطل، فلا يترتب عليه أثره، ويحتمل الرجوع الى الدية لتضمنه الرضى بسقوط القصاص على عوض، فاداءات انتقل الى المقدر لشرعي دون القيمة، لعدم اردتها، لعلمها بامتناع كون المذكور عوضاً فكيف يراد قيمته.

ويحتمل السقوط لا الى بدل، لأن استرضي على ما يمتنع كونه عوضاً بمنزلة التراضي على السقوط بغير عوض فيكون سراً. وكلاهما ضعيف؛ لأن الباطل لا يؤثر ما تضمنه من ارضي، وإرادة لحر غير معنوية، ولأصح نفاء القصاص. قوله: (أو عن حد القذف).

لأنه إن كان حقاً لله تعذر لم يصح لصلح عنه، وإن كان حقاً له



ولو تداعيا جداراً بين مسكبيها وهو في أيديهما فيحكم لذي البيئة، فإن فقدت فلمن اتصل به بناؤه مع اليمين، أو لمن جذعه عليه على رأي، أو

فكذلك؛ لأنه ليس من الحقوق المالية، ولا من توانعها، وإما شرع لتزويه<sup>(١)</sup> العرض، فلا يجوز أن يمدّوص عن عرضه، ولو صالح عنه لم يسقط الحد؛ لأن الباطل لا أثر له، وهو مقرب التذكرة<sup>(٢)</sup>.

قوله: (ولو تداعيا جداراً بين مسكبيها، وهو في أيديهما فيحكم لذي البيئة، فإن فقدت فلمن اتصل به بناؤه مع اليمين....).

إذا تداعيا جداراً بين داربيها، فما أن يكون متصلاً ببناء أحدهما اتصال توصيف، أي: تدخل الأجار ونسب على أحده بعد كونه محدثاً، أو كان له عليه قبة أو عرفة أو سترية أو جديع على ما سيجي، أو لا يكون لأحدهما شيء من ذلك.

ون لم يكن لأحدهما شيء من ذلك استوت بستها إليه، وهو في أيديهما، فمن أقام البيئة حكم له به، وإن كان لأحدهما به اتصال فهو صاحب اليد فعليه اليمين مع فقد البيئة، ولو كان ذلك لكل منهما فالحكم ما ذكره المصنف.

لكن قول المصنف: (وهو في أيديهما) على إطلاقه بحيث يتناول ما إذا اتصل به بناء أحدهما ليس بجيد؛ لأن اليد في هذا القسم لمن اتصل به بناؤه.

وبما قلنا: أن العبارة تتناول هذا بفرد لقوله: (فيحكم لذي البيئة فإن فقدت فلمن اتصل به بناؤه) فإنه يقتضي الحكم بالبيئة في جميع صور المسألة، ومع فقدتها يحكم لذي البناء المتصل، فيكون من صور المسألة.

وفيه شيء آخر، وهو أنه بإطلاقه يقتضي الحكم لذي البيئة وإن كانت ممن اتصل بناؤه، والمعتمد أن البيئة بما تعبر من الخارج.

قوله: (أو لمن جذعه عليه على رأي).

(١) في «م» لبرة.

(٢) التذكرة ٢ ١٩٤.

بناؤه، أو عقده، أو قبته، أو مسترته.

ولو كان متصلاً بهما، أو محلولاً عليهما ولا طرح لأحدهما ولا غيره  
فمن حلف فهو له مع نكول صاحبه، فإن حملا أو نكلا قضى لهما به.  
ولا يرجح بالدواخل كلطافات والمحاريب،

حالف في ديث الشيخ، ومنع من كون الخذوع على الجدار سباً  
للترحيح<sup>(١)</sup>، وطى الشارح أن الرأي شارة أن قول الشيخ بأن القول بالقرعة في  
هذه المسائل قوي<sup>(٢)</sup>. وليس بعيداً لأن من جملة المسائل التي قال الشيخ فيها  
بالقرعة ما د اتصل به بناؤه، أو عقده، أو قبته. والمصنف جعل الرأي في الخدع  
قطباً، حيث قدمه على السوي، فلا يكون الإشارة إلى قول الشيخ هذا.

قوله: (ولو كان متصلاً بهما، أو محلولاً عليهما ولا طرح لأحدهما،  
ولا غيره فمن حلف فهو له مع نكول صاحبه).

مراد بكونه (محلولاً عليهما) مضاف كونه (متصلاً بهما) والمرد بقوله  
(لا طرح لأحدهما ولا غيره) أن لا يكون عليه خذوع ومحوها، فلو كان عليه شيء  
من ذلك كاست بيد نصاحب الطرح؛ لثبوت التصرف له، فإذا خلا من ذلك  
كله فمن حلف أنه به مع نكول الآخر استحققه.

واعلم أنه لا بد في تصوير المسألة، من أن لا يكون موضع الخدار معلوماً  
كونه لهما أو لأحدهما، فإن من كان في مكانه أو شيء منه فهو صاحب اليد.  
قوله: (فإن حلها...).

أي: حلف كل منهما أنه له.

قوله: (ولا يرجح بالدواخل).

أي: في الجدار.

(١) المبسوط ٢: ٢٩٦.

(٢) إصباح الفوائد ٢: ١١١.

ولا بالخوارج كالصور والكتابات بجص أو آجر، ولا بالروازن والشبابيك  
وفي رواية يرجح في الخصى بمعاقد قطه.

قوله: (ولا بالخوارج).

أي: فيه بحيث يخرج عن سمت وجه الحدار كالقوش بالخص والآجر.

قوله: (وفي رواية يرجح في الخصى بمعاقد قطه).

هي رواية عمرو بن شمر، عن جابر، عن أبي جعفر عليه السلام، عن أبيه،  
عن علي عليه السلام: أنه قصي في رجلين احتصا في حص «أن الخصى للذي أبه  
القمط»<sup>(١)</sup> قال الشيخ في النهاية: قلوا: القمط هو الحبل، والخص هو الذي يكون  
في السواد بين لدون فكان من أليه الحبل هو أولى من غيره<sup>(٢)</sup>.

وقال في التذكرة: معاقد القمط تكون في الحدران لتخذه من القصب  
وشبهه، واعتد ما يكون ذلك في السور بين السطوح، فتشد بحبال أو بحبوط،  
ورعا جعل عليها حشة معترصة، ويكون لعقد من جانب والوجه المستوى من  
جانب<sup>(٣)</sup>.

ووجه لترجيح مع لروية، أن اظاهر أن من كانت إليه لمعاقد وقف في  
ملكه وعقد وهو المختار وفي لقاموس القمط بالكسر: حبل يشد به  
الاحصاص<sup>(٤)</sup>، وفي نهاية ابن الأثير: القمط جمع قماط: وهي الشرط التي يشد بها  
الخص ويوثق من ليف أو خوص أو غيرها، ومعاقد القمط تلي صاحب الخص.

والخص: البيت الذي يعمل من لقصب، هكذا قال الهروي بالضم،  
وقال الجوهري: القمط بالكسر كأه عنده واحد<sup>(٥)</sup>، هذا آخر كلام ابن الأثير،

(١) لفيه ٣ ٥٧ حديث ١٩٧

(٢) النهاية. ٣٥١.

(٣) التذكرة ٢: ١٩١.

(٤) القاموس المحيط (قمط) ٢: ٣٨٢.

(٥) النهاية: ٤: ١٠٨-١٠٩.

ولو شهدت البيئة لأحدهما بالملث صار صاحب يد في الأس. ويحكم لصاحب الأسفل بجدران البيت مع النمين، ولصاحب العلو بجدران الغرفة، أما السقف فإن لم يمكن أحداثه بعد بناء العلو كالازج الذي لا يمكن عقده على وسط الحدار بعد امتداده في العلو فهو لصاحب السفلى؛ لاتصاله بناؤه على الترصيف،

ومنه ذكر برغشري في الفائق<sup>(١)</sup>.

قوله: (ولو شهدت لأحدهما البيئة صار صاحب يد في الأس).  
يظهر أن المرد به مكان الأساس؛ لأن الأساس - وهو المستر من حائط - داخل في شهادة لسة يكون الحدار به، فلا معنى لحصول علة منه بالبيئة.  
قوله: (ويحكم لصاحب الأسفل بجدران البيت مع النمين، ولصاحب العلو بجدران الغرفة).

أي: مع نمين، نظراً إلى ما سد كل واحد منهما، فإن حدران البيت حرؤه وحدران غرفة حرؤها، وهذا إما هو مع عدم بيئة.  
قوله: (أما السقف فإن لم يمكن أحداثه بعد بناء العلو، كالازج الذي لا يمكن عقده على وسط الحدار بعد امتداده في العلو فهو لصاحب السفلى، لاتصاله بناؤه على الترصيف).

لأرج: بناء معروف يعقد فوق حدران بالخص والآجر عالياً، ولأرج أن هذا النوع من البناء إنما يفعل قبل امتداد حدران العلو؛ لأنه لا بد من إخراج بعض الأجر، ونحوه عن صمت وجه الحدر عند قرب محل العقد، ليكون حاملاً للعقد، فيحصل ترصيف بين السفلى والجدران، وهو دخول آلات البناء من كل منها في الآخر، وذلك دليل على أنه لصاحب الأسفل، فإن اتصاله به أنه اقتضى كون اليد له.

وإن كان بحيث يمكن احداثه كجذع يثقب له في وسط الجدار، ويجعل البيت بيتين، فهما مشتركان فيه فيحتمل التسوية؛ لأنه أرض لصاحب العلو، وسواء لصاحب السفلى، واختصاص الأول والثاني.

فلو تنازع صاحب البيوت السفلى وصاحب العليا في العرصة، فإن كان المرقى في صدر الخان تساويا في المسلك الى العلو، واختص الأسفل

قوله: (وإن كان بحيث يمكن احداثه كجذع يثقب له في وسط الجدار، ويجعل البيت بيتين فهما مشتركان فيه، فيحتمل التسوية؛ لأنه أرض لصاحب العلو وسواء لصاحب السفلى، واختصاص الأول والثاني).

أى: ويحتمل اختصاص الأول به وهو صاحب العلو. لأنه متصرف فيه دون الآخر، ولا يها متصادق على أن العرصة للأعلى، ويستحيل وجودها دون أرض، بخلاف السفلى منه يتصور غير مسقف وإن كان خلاف العالب، وكونه سماء له لا يقتضي كونه ملكاً له ولا تحت يده.

ويحتمل اختصاص الثاني به - وهو صاحب السفلى - لشدة احتياجه اليه، ولأن الغرفة على البيت فلا تتحقق إلا معده، والبست لا يتم إلا بالسقف. وفيه نظره لأن ذلك هو العالب، ولا اختصاص صاحب العلو بالتصرف، وعدم ثبوت ما يقتضي اليد لصاحب السفلى، والأصح الثاني.

ودفع لشيخ في المسود والخلاف الى القرعة<sup>(١)</sup>، وما اخترناه هو المعتمد. واعلم أن عبارة المصنف غير جيدة؛ لأن تفريعه احتمال التسوية واحتمال الاختصاص لكل منهما عن اشتراكهما فيه معلوم الفساد.

قوله: (ولو تنازع صاحب البيوت السفلى وصاحب العليا في العرصة، فإن كان المرقى في صدر الخان تساويا في المسلك الى العلو).

بالباقى. ولو كان في الدهلين أو في أول الباب فن أول الباب الى المرقى بينهما، والباقي للأسفل.

ولو خرج المرقى عن خطة اخذ فالعرصة بأجمعها للأسفل، ويقضى بالدرجة لصاحب العلو، ويتساويان في الخزانة تحتها، كل ذلك مع اليمين.

المراد بصدراخان: هاتيه في السعة، وهو آخر حطته في الجهة المقابلة للباب، وإنما تساوى في المسلك لأنه طريق لكل واحد منها الى ملكه، فتكون اليد لهما. واحتتمل في الدروس الاشتراك بينهما في العرصة؛ لأن صاحب لأعلى لا يكلف المرور على خط مستوي<sup>(١)</sup>، وفيه لطيف قوله: (ولو كان في الدهلين أو في أول الباب فن أول الباب الى المرقى بينهما، والباقي للأسفل).

الاشتراك إنما يأتي في الصورة الأولى، إذ المرقى في الثابتة في أول الباب، ويمكن أن يقال: لا بد من الباب والصعود في مرقى، فلاشتراك الى أول المرقى. قوله: (ويتساويان في الخزانة تحتها).

لأن كلا منهما له شاهد بالملك، إذ لظاهر أن الدرج لصاحب العلو، فيكون مكانه له، لأن الهواء تابع للقرى، وكذا الطاهر أن الخزانة كسائر لبيوت السفلى، وهي متصلة بملك الأسفل.

واحتتمل في التذكرة اختصاص الأعلى بـ، و اختصاص الأسفل، والقول بالشركة هو المختار<sup>(٢)</sup>. ولخزانة بالكسر ككتبة قاله في قاموس<sup>(٣)</sup>. قوله: (كل ذلك مع اليمين).

أي: في جميع المسائل، سواء التي حسمت بها معا صاحب يد، ولتي رخصنا

(١) الدروس: ٣٨٥

(٢) التذكرة ٢: ١٩١-١٩٢.

(٣) القاموس المحيط (حزق) ٢١٩.١.

## والمسناة بين الملكين كالجدار

فيها واحداً، فان اليمين على صاحب اليد لأنه المكر.  
قوله: (والمسناة بين الملكين...).  
المساة اكبر من المرز.



## فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
الدين	
كراهة الاستدانة اختياراً	٧
كراهة نزول صاحب الدين على الدين	٩
عدم جواز مطالبة المدين لو التجأ الى الحرم	١٠
وجوب السعي في قضاء الدين	١١
حكم صلاة المدين في أول وقتها مع مطالبة صاحب الدين	١٢
حكم ما لو غاب صاحب الدين أو توفي	١٥
حكم ما لو استدانت لزوجة النفقة الواجبة	١٦
حكم بيع الدين	١٨
عدم جواز بيع أرزاق السلطان قبل قبضها	١٩
أفضلية القرض على الصدقة	١٩
لا بد في انقراض من يجاب وقبول	٢٠
حكم ما لو شرط شرطاً في عقد القرض	٢١
صحة القرض في كل ما ينصبط وضعه وقدره	٢٤
جواز اقتراض الجوازي اللألي	٢٥
حكم اشتراط الأهل في القرض	٢٥
حكم ما لو قال: منكك ولم يقينه برد العوض	٢٨
حكم ما لو رد المقرض العين في المثل وغيره وقد رحصت	٢٩



- ٣٠ حكم مطالبة المقرض المقرض حداً بجميع وإن أقرضه تفاريق، أو بالعكس
- ٣١ حكم وطء المقرض الجارية المقرضة
- ٣٢ عدم صحة إقراض المجهول وزنه أو عدده أو كله
- ٣٢ إنصراف إحلاق المقرض إلى أداء المثل في مكانه
- ٣٥ حكم ما لو دفع ما اقترضه نساء عن سبعة اشتراه من المقرض فخرج الثمن زيواً
- ٣٦ حكم ما لو كان المقرض: إذا مت فأنفت في حل
- ٣٦ لو اقترض دمي من مثله حرراً ثم أسلم أحدهما
- ٣٧ لو دفع المديون أعواصاً على استعاريق من غير حسن لدين قصء ثم تغيرت أسعار
- ٣٨ حوازي بيع اللين بعد حلوله على العرم وغيره
- ٣٩ عدم وجوب دفع لمؤجل قبل الأجل وعدم وجوب أحده إن تبرع به الآخر
- ٤١ لو اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان

## الرهن

تعريف الرهن

- ٤٤ صيغة عقد الرهن، وما يتعلق بها من أحكام
- ٤٥ الشرائط التي يجب توفرها في العين المرهونة
- ٤٨ مالا يصح رهنه
- ٥٤ صحة رهن الأم دون ولدها
- ٥٦ صحة رهن المشاع أو بمصه على الشريك وغيره
- ٥٧ صحة رهن المرتد والجاني عمداً وخطأ
- ٥٩ حكم رهن ما يسرع إليه المساد قبل الأجل
- ٦١ حكم ما لو رهن عصبيراً هصار حرراً في يد المرتن
- ٦٣ حوازي استعارة المال برهنه
- ٦٩ عدم صحة رهن المجهول
- ٧٠ لو غصب عيناً ثم رهنها فتيين أنه مالها
- ٧١ حكم ما لو رهن ماله الرجوع فيه قبله
- ٧١ لو رهن الوارث التركة وهناك قين

٤٥٧	فهرس الموضوعات .....
٧٢	ما يشترط توفره في لموجب و لقابل
٧٣	حكم ما لو تعدد المرتهن و تعدد العقد من الواحد
٧٩	حكم ما لو تصرف الراهن بالعين المرهونة
٨٣	لو باع الراهن لعين قطب لمرتهن الشفعة
٨٥	جور اشتراط لمرتهن الوكالة في العقد لنفسه
٨٧	ما يشترط توفره في الحق
٩٠	حكم ما لو شرك بين الرهن ومبب الدين في العقد
٩٢	ما يجوز رهنه من الأموال وما لا يجوز
٩٣	هل القبض شرط في الرهن أم لا ؟ وما يتبع هذه المسألة من أحكام
٩٦	حكم الضمان فيما لو باع من المستودع
٩٨	حكم الضمان فيما لو أودع لعاصب أو آخره
١٠١	عدم حواز جر الراهن على الإقباص
١٠٤	حكم التصرف الذي يزول الملك قبل القبض
١٠٤	لو كان الرهن حلاً أو عصبراً فانقلب حراً قبل القبض، أو بعد
١٠٦	حكم رهن العائيب
١٠٧	حكم رهن اشاع
١٠٩	لو حذر على الراهن لعلم بعد العقد وقبل إقباص المرتهن
١١٠	لو تلف بعض الرهن قبل القبض
١١١	جواز حمل الرهن على يد عديين، وما يتعلق بهذه المسألة من أحكام
١٢١	لو خرج الرهن مستحقاً
١٢٤	لو تلفت العين المرهونة ثم بانست مستحقة
١٢٩	حكم ما لو عدت المرتهن ولم يعلم الرهن
١٣١	لو وطأ المرتهن الأمة المرهونة
١٣٢	لو شرط الراهن كون الرهن مبيعاً عند تعلم الأداء
١٣٣	ما يدخل في العين المرهونة بالشفعة وما لا يدخل
١٣٤	حكم ما لو رهن ما يمتزج بغيره
١٣٥	حكم جنابة العبد الموهون
١٣٩	لو تعدد مرتهن العبد الحاني والمجنى عليه وتعدير الدين

- ١٤٢ لو تغيرت العين المرهونة  
 ١٤٣ حكم ما لو كانت العين المرهونة مضمونة  
 ١٤٤ لو نكل الغريم  
 ١٤٧ حكم ما لو أدى الراهن بعض الدين  
 ١٤٧ لو كان الرهن عبيدين  
 ١٤٩ في ما اذا وكل الراهن للمرتن بيع العين المرهونة  
 ١٥١ لو اختلف الراهن والمترن في عقد الرهن  
 ١٥١ لو ادعى المترن دخول السجل في رهن الأرض  
 ١٥٢ لو ادعى المترن عن مالكي العبد رهن عبيدها  
 ١٥٣ لو ادعى اثنان على واحد رهن عبيده عندهما  
 ١٥٤ لو احتلفا في انعين هل هي رهن أم ودعة  
 ١٥٥ لو احتلفا في تعيين العين المرهونة  
 ١٥٩ حكم ما لو كان التداعي في كل المراتب  
 ١٦٤ لو حوّل العبد المرهون

### الحجر

معنى الحجر وأسبابه:

١٨٠

### الصغر

- ١٨٠ أسباب زوال الحجر عن الصبي  
 ١٨٣ معنى الرشد  
 ١٨٣ عدم اعتبار العدة في زوال الحجر  
 ١٨٤ ما يختبر به الصغير لمرفة رشده  
 ١٨٧ أولياء الطفل  
 ١٨٧ كيفية تصرف الولي في مال انطش

### المجنون والسفه

- ١٩٤ مع المجنون من كل التصرفات، وانتخب أمره الى ولي

١٩٥	تعريف السفينة
١٩٦	توقف الحجر على السفينة على حكم الحاكم
١٩٧	حكم معاملات السفينة بعد صدور الحجر عليه
٢٠٠	ما يصح من سفينة بعد صدور الحجر عليه

## الرق

٢٠٣	منع المملوك من التصرف في نفسه أو ما في يده إلا بإذن مولاه عدا العتاق
٢٠٧	حكم استباحة العبد لبيعه
٢٠٧	حوار فعل كل ما يتعق بالتجارة إن أدن له السيد
٢٠٩	حكم انحرل العبد بالإباق
٢٠٩	حكم اقرار العبد بدين المعاملة
٢١٠	ما يثبت به ادن لسيد لعبد بالتجارة
٢١١	في ما لو ادعى العبد المأذون بالتجارة الحجر

## المرض

٢١٤	يحجر على المريض في التبرعات
٢١٤	حكم اقرار المريض بحقوق عبده
٢١٥	حكم إلحاق مال المسم والحناية بالدين الذي على المريض
٢١٦	تعق الدين بأصل الشركة لا بالثلث
٢١٨	لو سترق ابنين التركة، ومعه
٢١٩	لو تصرف لورث بالتركة ثم ظهر دين على الميت
٢٢٢	حكم تعق لدية بالتركة

## الفلس

٢٢٢	تعريف المفلس لغة
٢٢٣	تعريف المفلس شرعاً
٢٢٣	شروط الحجر بسبب افلاس
٢٢٥	حجر الحاكم على افلس لديون ايجانين والأيتام والسفهاء

- ٢٢٥ لو كانت بعض الديون مؤجلة
- ٢٢٥ لو ساوى المال الديون
- ٢٢٦ ما يمنع منه المفلس من التصرفات وما لا يمنع
- ٢٣٣ لو أقر المفلس بدين سابق على الحجر أو لاحق له
- ٢٣٥ لو أقر المفلس بعين مال بيده لشخص
- ٢٣٧ لو ادعى أجنبي شراء عين بيد المفلس قبل الحجر
- ٢٣٧ لو قال المفلس عن مال بيده: هذا مضاربة
- ٢٣٩ حكم أجرة الكتال والوزان، والحتمال وما يتعلق بمصلحة الحجر
- ٢٤٠ ذكر بعض التصرفات التي لا يُمنع منها المفلس
- ٢٤٥ كيفية بيع مال المفلس وقسمته
- ٢٤٩ عدم بيع دار السكنى والخادم
- ٢٥٠ حكم نفقة المفلس وعياله
- ٢٥١ لو ظهر بعد القسمة غرم
- ٢٥٤ لو خرج المبيع مستحقاً
- ٢٥٦ حكم بيع أم ولد المفلس
- ٢٦٠ لو وجد الغرم عين ماله عند المفلس
- ٢٦٢ ما يشترط توفره في الموضع
- ٢٦٤ ما يشترط توفره في المعاوضة
- ٢٧١ ما يشترط توفره في الموضع
- ٢٩٨ ما يتعلق بحبس المفلس
- ٣٠٢ لو أفلس المشتري بعد جنابة العبد
- ٣٠٣ لو كان المبيع شقصاً مشقوقاً وأفلس المشتري
- ٣٠٥ لو كان المبيع صيداً فأحرّم البائع وأفلس المشتري

## الضمان

- ٣٠٨ تعريف الضمان

٣٠٩	صفة الضمان وما يتعلق بها من أحكام
٣١١	ما يشترط توفره في الضامن
٣١٧	ما يتعلق بأحكام المضمون عنه
٣١٨	ما يتعلق بأحكام المضمون له
٣١٩	ما يتعلق بأحكام المضمون به
٣٢٨	حكم ما لو أبرأ المستحق المدين أو الضامن
٣٢٩	لومات الضامن أو المدين
٣٣١	صحة ترامي الضمان ودوره، واشتراط الأداء من مال بعينه
٣٣٤	لو بيع متعلق الضمان بأقل من قيمته
٣٣٥	لو أدى شخص دين غيره من غير ضمان
٣٣٧	أحكام تتعلق بمصالحه الضامن
٣٣٩	لو أخذ الشفيع بالشفعة وكان المبيع شقشقا
٣٤١	لو كان الضامن اثنين
٣٤٢	لو ضمن كل من المدينين ما على صاحبه
٣٤٥	لو أطلق المضمون له الإبراء
٣٤٧	لو أنكر الضامن الضامن
٣٤٨	لو أنكر المستحق دفع الضامن



مركز تحقيق كتابي علوم إسلامي

#### الحوالة

٣٥٧	تعريف الحوالة وشروطها
٣٥٩	عدم اشتراط شغل ذمة المحال عليه بدين للمحيل
٣٥٩	عدم وجوب قبول الحوالة وإن كانت على مئلي
٣٦٠	الحوالة نافذة
٣٦١	صحة الحوالة على من ليس عليه حق أو عليه مخالف
٣٦٢	صحة ترامي الحوالات ودورها
٣٦٢	بعض المصاديق التي تصح بها الحوالة
٣٦٣	لو قضى المحيل الدين بمسألة المحال عليه
٣٦٤	لو احتال البائع ثم ردت السلعة بعيب سابق

- ٣٧٣ لو أحوال البائع بضمن العبد على المشتري  
 ٣٧٩ لو اختلف التحيل والمحتال بعد اجراء لفظ الحوالة والقبض  
 ٣٨٣ حكم ما لو شرط في الحوالة القبض بعد مدة  
 ٣٨٣ لو أحوال البري على مشغول الذمة

### الكفالة

- ٣٨٤ تعريف الكفالة  
 ٣٨٥ ما يشترط في الكفالة  
 ٣٨٦ صحة الكفالة حالة ومؤجلة  
 ٣٨٨ من نصح كفاله  
 ٣٩٠ ما يخرج به الكفيل من المهنة  
 ٣٩٢ لو امتنع الكفيل من احضار المكفول  
 ٣٩٤ لو مات المكفول له  
 ٣٩٤ لو أطلق شخص غريباً من يد صاحب الحق  
 ٣٩٥ لو تنازع الكفيل والمكفول له بعد صدور الكفالة  
 ٣٩٦ لو تكفل اثنان برجل فسلمه أحدهما  
 ٣٩٦ لو ادعى الكفيل إبراء المكفول له  
 ٣٩٧ صحة ترامي الكفالات  
 ٣٩٧ لو عبر الكفيل عن الكفالة بكفالة جزء من جسم المكفول  
 ٣٩٩ حكم ما لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة  
 ٤٠٠ وجوب حضور المكفول مع الكفيل عند الطلب  
 ٤٠١ لو كانت الكفالة بين ذميين لمديون بخمر وأسلم الكفيل، أو أحد الغريمين  
 ٤٠٣ لو خيف على السفينة الفرق فالتى بعض الركبان مناهه  
 ٤٠٦ حكم انتقال حق الكفالة الى الوارث

### الصلح

- ٤٠٨ تعريف الصلح  
 ٤١٠ صحة الصلح على الإقرار والإنكار

٤٦٣	فهرس الموضوعات .....
٤١٠	ما يشترط في الصلح
٤١١	لوصالح على عين بأخرى من الربويات
٤١٢	حكم مصالحة دين بدين مثله
٤١٣	صحة مصالحة الشريكان
٤١٣	حكم مصالحة الدنانير بدراهم
٤١٤	لو ظهر استحقاق أحد العوضين
٤١٥	صحة الصلح على العين والمنفعة
٤١٥	ما يجوز اخراجه ونصبه في الطرق النافذة
٤١٧	ما يتعلق بذي الدارين المتلاصقين في دربين مرفوعين
٤٢١	جواز جعل الدار اثنتين وفتح باب للدار المستحدثة
٤٢٢	أحكام تتعلق بالجدار المختص لأحد الدارين المتلاصقين
٤٢٣	أحكام تتعلق بالجدار المشترك بين الدارين المتلاصقين
٤٣٠	أحكام تتعلق بالسقف المشترك
٤٣١	ثلاثة فروع تتعلق بالباب
٤٣٢	أحكام متعددة تتعلق بالتنازع
٤٥٥	فهرس الموضوعات

